Muß der Käufer eine fehlerhafte Sache annehmen?
Wie gestalten sich seine Rechte bei Fehlerhaftigkeit der Kaufsache?

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Unisersität Breslau
vorgelegt von

Franz Crüger
Referendar

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, KG., Ohlau i. Schl.

1930

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter; Professor Dr. Rosenstock-Hüssy

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung:

§ 1. Die geschichtliche Entwicklung der Gewährschaftsrechte mit kurzem Ueberblick über die Streitfragen im BGB. 1

Hauptteil:

§ 2. Gehört es nach § 433 zur Erfüllungspflicht des Verkäufers, die Kaufsache fehlerfrei zu liefern? 5

I. Die Beantwortung der Frage nach der Annahmepflicht steht in engster Berührung mit der Untersuchung der Erfüllungspflicht.

II. Darlegung derjenigen Ansicht, die fehlerfreie Leistung fordert, und der Gründe, die gegen diese Ansicht sprechen. . . . 7

III. Unsere Ansicht in der Streitfrage. 17

§ 3. Wann entstehen die Gewährsansprüche? 21

§ 4. Die rechtlichen Folgen beider Ansichten. 31

I. Die Nichtigkeit des Kaufvertrages. 32

II. Die Annahmepflicht des Käufers. 37

III. Der Unterschied 41

a) zwischen behebbarem und unbehebbarem Fehler . . . 41

b) zwischen Mängeln, die beim Kaufabschluß vorhanden waren und solchen, die erst später, aber noch vor dem Gefahrübergang entstanden sind. 45

IV. Die Ansprüche des Käufers bei Verschulden des Verkäufers. . 48

V. Das Ergebnis

a) bei Zusicherung 49

b) bei Gattungskäufen. 50

Schluß:

§ 5. Schlußbetrachtung und Zusammenfassung des Ergebnisses. . 51

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548224_0180

Literaturverzeichnis.

Baron, Römische Rechtsgeschichte.
Berndorff, Gattungsschuld.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 4. Aufl. 1903, 6. Aufl. 1913.
Crome, System des bürgerlichen Rechts, 1902.
Dernburg, Pandekten, 5. Aufl. Berlin 1897.
— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Aufl.
— Ueber das Rücktrittsrecht des Käufers bei positiver Vertragsverletzung, DJZ. 03, S. 4 ff.
Dernburg-Raape, 4. Aufl. 1915.
Dörr, Die Haftung des Verkäufers für die Fehler der Sache. Leipziger Zeitung 1918, S. 188.
Düringer-Hachenburg, Kommentar zum BGB. 1913.
Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB., Gruchot Beitr. Bd. 43, S. 305 ff.
Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1927.
Fischer, Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden, Iherings Jahrbuch, Bd. 51, S. 159.
v. Gierke, Deutsches Privatrecht 1917.
— Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1889.
— Die soziale Aufgabe, 1889.
Gmelin, Pflicht zur Annahme einer mangelhaften Sache? Recht 09, S. 768.
Goudefroy, Wie weit besteht ein Anspruch trotz Unmöglichkeit der Erfüllung? Dissertation Göttingen, 1923.
Haymann, Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, 1913.
— Die Haftung des Verkäufers.
Hamburger, Das Recht aus der Haftung, Berlin 1915.
Hellbach, im Recht 1905, S. 8 ff.
Kiehl, Von der qualitativen Unmöglichkeit beim Kauf einer bestimmten Sache, Gruchot Beitr. Bd. 60, S. 624 ff.

— Zu einigen Streitfragen beim Kauf und über die Haftung des Verkäufers für die Arglist seiner Vermittler sowie Vertreter bei Gelegenheit des Kaufabschlusses, JW. 1914, S. 497.
Kisch, Unmöglichkeiten 1900.
Kleinadam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem bürgerlichen Recht, 1900.
Kohler, Jahrbuch des bürgerlichen Rechts, 1906.
Krückmann, Inst. d. BGB. 4. Aufl. 1912.
— Zum Gewährleistungsrecht, LZ. 1915, S. 1351 ff.
Kluckhohn, Sachmängel und Annahmepflicht, Gruchot, Beitr. Bd. 59, S. 1038 ff.
Landsberg, Das Recht des BGB. Bd. I.
Lent, Gesetzeskonkurrenz.
Leonhard, Die Beweislast, Berlin 1926, 2. Aufl.
— Verschulden beim Vertragsschluß, 1910.
— Haftung, Diss. Göttingen.
Lesser, Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen.
Makower, Das Handelsgesetzbuch, 12. Aufl. 1904.
Motive zum BGB.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Berlin 1899.
Müller, Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkauf oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadenersatz nach Vertragsrecht, i. R. 02, S. 541 ff. und 576 ff.
Oertmann, Kommentar zum BGB., Aufl. 1910.
— Die Entstehung der aedelizischen Ansprüche, Seuff. Bl., Bd. 76, S. 1 ff.
— Sachmängel und Abnahmepflicht i. Recht 09, S. 617 ff.
— Zur Lehre von der Beweislast bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache i. Recht 08, S. 345 ff.
Planck, Kommentar zum bürgerlichen Recht, 1925.
Regelsberger, In Grünhuts Zeitschr. XI, S. 432.
Reichsgerichtsräten, Kommentar von, 1923.
Riehl, Ein unbefriedigender Zustand auf dem Grundstücksmarkte DJZ. 1913, S. 377 ff.
Roth, Gewährleistung wegen Sachmängel beim Spezieskauf, JW. 1913, S. 1081.
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, Gruchot Beitr., Bd. 46, S. 1 ff.

Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, Iherings Jahrb., Bd. 49, S. 93 ff.
Schröder, Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf. 1903.
Sintenis, Gemeines Civilrecht, Bd. II.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl. 1927.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerl. Recht, 9. Aufl. 1927.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung.
Unverdruß, Gewährschaft und Vertragsverletzung, Diss. Jena 1913.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. 1863/66.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl.
Wolff, Sachmängelhaftung beim Kauf, Iherings Jahrb. Bd. 56, S. 1 f.

Zeitschriften, Entscheidungssammlungen usw.

Archiv für die civilistische Praxis.
Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Iherings Jahrbücher des deutschen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Das Recht.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidung, Ergänzungsbände.

Einleitung.

§ 1.

Die geschichtliche Entwicklung der Gewährschaftsrechte mit kurzem Ueberblick über die Streitfragen im BGB.

Das gestellte Thema ist schon häufig Gegenstand wissenschaftlicher Abhandlungen und lebhafter Erörterungen gewesen. Wenn ich es trotzdem nochmals zu behandeln versuche, so geschieht dieses, weil mir praktische Fälle die Bedeutung dieses Themas zeigten, und weil ich dann bei näherer Beschäftigung mit dieser Frage auf einiges aufmerksam wurde, auf das hinzuweisen sich vielleicht doch noch verlohnt.

Die Beantwortung der Frage nach der Annahmepflicht des Käufers aber, die an sich nur einen Teilabschnitt aus dem gesamten das Gewährschaftsrecht betreffenden Fragenkomplex darstellt, kann natürlich auch nur im Zusammenhang mit einer diese Fragen im ganzen umfassenden Darstellung geschehen. So bedarf es in dieser Hinsicht einer Erweiterung über das hinaus, was man aus der Themenstellung vielleicht entnehmen könnte; andererseits aber wird man sich auf das Grundlegende einzuschränken haben, will man sich nicht in's Uferlose verlieren.

Praktisch wird es dabei sein, zunächst eine kurze Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Gewährschaftsrechts und einen Ueberblick über die sich nach dem BGB. ergebenden Streitfragen zu geben.

Der Umfang der Gewährleistungspflicht des Verkäufers hat sich mit fortschreitender Rechtsentwicklung aus engsten Grenzen mehr und mehr erweitert.

Nach dem Zwölftafelgesetz haftete der Verkäufer nur für das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften. Die Haftung blieb aber auf die Verkäufe beschränkt, die in der

Form der Manzipation abgeschlossen waren; außerdem mußte die Garantieübernahme in feierlicher nuncupatio erfolgt sein.[1] Für alle res mancipi wurde dagegen überhaupt nicht gehaftet Sonst war diesem Recht eine Haftung für physische Mängel, d. h. kurz gesagt wert- oder tauglichkeitsmindernde Mängel, gänzlich unbekannt.[2]

Der nächste Schritt war, daß man den Verkäufer für ihm bekannte, aber arglistig verschwiegene Mängel haften ließ; doch war anfangs die Anzeigepflicht nur bei Grundstücksverkäufen vorgeschrieben[3] und galt erst später auch bei beweglichen Sachen. In Wegfall kam diese Dolushaftung immer dann, wenn die Mangelhaftigkeit der Kaufsache dem Käufer bekannt war.

Diese Haftung dehnte man dann allmählich auch auf die res nec mancipi aus und forderte bei den res mancipi nicht mehr die Manzipation als notwendige Voraussetzung für die Haftung.

Zusammenfassend bestand also nach dem alten Civilrecht eine Haftung für Fehler und Mängel bei besonderer Zusicherung ohne Rücksicht auf eine Kenntnis des Käufers oder, wenn eine Zusicherung nicht gegeben war, bei arglistigem Verschweigen nur gegenüber dem mit den Fehlern unbekannten Käufer. In allen anderen Fällen gab es keine Haftung für Mängel der Kaufsachen.

Aenderung schaffte hier erst das Edikt der Aedilen, das den Verkäufer dann immer haften ließ, wenn er das Vorhandensein von Fehlern nicht angezeigt hatte.

Der Verkäufer haftete demnach für alle Fehler der Kaufsache, es sei denn, daß er sie vorher angezeigt hatte. Dieses Edikt, das anfänglich nur für Sklavenkäufe Geltung hatte, wurde zunächst analog auf Last- und Zugtierverkäufe angewandt, in der Kaiserzeit auf alle anderen Käufe körperlicher Sachen ausgedehnt[4] und schließlich auch seiner örtlichen Beschränkung für die auf dem Markt abgeschlossenen Verkäufe — Beschränkungen, die sich aus der engumgrenzten Zuständigkeit der Aedilen erklären — entbunden.[5]

Die Haftung bestand darin, daß dem Käufer zur Geltendmachung seiner Rechte die in sechs Monaten verjähr-

1) Baron, I, § 124.
2) Regelsberger, Grünhuts Zeitschr. XI, S. 432.
3) Sintenis, II, S. 606.
4) Windscheid, Anm. 1 zu § 394.
5) Cosack, I, S. 423.

baren Klagen auf Rückgängigmachung des Kaufes (actio redhibitoria) und auf Herabsetzung des Kaufpreises (actio quanti minoris) zustanden. Daneben hatte er in den angegebenen Fällen — ausdrückliche Garantieübernahme und arglistiges Verschweigen — noch nach dem Civilrecht die actio emti auf das Interesse.

Erwähnenswert ist es, daß die aedilizischen Klagen niemals dann gewährt wurden, wenn es sich um geringfügige Fehler handelte, durch die der Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache nicht gemindert wurde,[6] und daß bloße Anpreisungen des Verkäufers nur zur Empfehlung der Kaufsache eine Haftung niemals begründeten.[7]

Diese Regeln des römischen Rechts wurden mit der Reception in das deutsche Recht übernommen; dabei kannte man weder im römischen[8] noch im gemeinen[9] Recht den Unterschied zwischen Gewährleistung und Erfüllungspflicht, und die Lieferung einer zur Zeit des Vertragsschlusses fehlerhaften Sache galt als Erfüllung. Eine exceptio non rite adimpleti contractus wegen Mangelhaftigkeit gab es aus diesem Grunde nach d. M. auch nicht.

Noch enger war die Haftung des Verkäufers nach altdeutschem Recht. Hier wurde nur bei besonders schweren Mängeln gehaftet, die ohne Rücksicht auf den Einzelfall ein für allemal festgelegt waren. Außerdem aber hatte der Käufer nur ein Recht auf Rückgängigmachung des Kaufes, und Schadensersatz gewährte man ihm nur dann, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hatte.

Das BGB. schließlich hat neben den aus dem Kaufvertrag begründeten, in § 433 festgelegten, Hauptverbindlichkeiten des Verkäufers auf Uebergabe und Eigentumsverschaffung eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Mängel der Sache festgelegt und in den §§ 459 ff geregelt. Leider sind diese Bestimmungen nicht ganz klar und eindeutig, so daß gerade diese Materie der Sachmängelhaftung einen außerordentlich lebhaften Meinungsstreit entfesseln konnte. Hier steht im Vordergrund die Frage, ob die Mangelfreiheit der

---

6) Windscheid, Anm. 15 zu § 394.
7) Dernburg, II, S. 270; Hanausek, I, S. 76.
8) Leonhard, S. 36.
9) Windscheid, Anm. 20, § 394; Dernburg, Anm. 24, zu § 101; Vangerow III, zu § 689.

Kaufsache zu der im § 433[10] statuierten Erfüllungspflicht gehört, oder ob der Verkäufer fehlerhaft liefern „darf" und seinen Verkäuferpflichten durch Leistung der Gewähr genügt.

In engstem Zusammenhang damit wirft sich die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 306 ff und 320 ff auf.

Die Meinung, die für mangelfreie Erfüllung ist, bejaht die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 320 ff bis zum Zeitpunkt der ihrer Ansicht nach auf den Gefahrübergang festgelegten Entstehung der Gewährsansprüche fast ausnahmslos — nur Schöller verneint die Möglichkeit der Anwendung dieser Regeln — und gibt dem Käufer gegen den Anspruch auf Abnahme der angebotenen, fehlerhaften Kaufsache die exceptio non rite adimpleti contractus. Die Stellungnahme zu dieser Frage ergibt sich bei der Bejahung einer Verletzung der in § 433 festgelegten Erfüllungspflicht des Verkäufers zwangsläufig aus § 440.

Dagegen ist man sich hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 306 ff, wie später gezeigt wird,[11] nicht mehr so einig.

Die Meinung, die auch in der Lieferung einer mangelhaften Sache Erfüllung sieht und entweder den Käufer zur Abnahme für verpflichtet hält[12] oder sich über das dem Käufer zur Verweigerung der Abnahme gegebene Recht nur unklar äußert — vielfach spricht man von wandlungsähnlichen Rechten, während Dernburg[13] sich direkt auf das Wandlungsrecht beruft —, schließt die §§ 306 ff im Gewährschaftsrecht ganz aus und will die §§ 323 bis 326 nur dann angewandt wissen, wenn es sich um Mängel handelt, die nach dem Kaufabschluß, aber noch vor dem Gefahrübergang entstanden sind.[14]

Eine dritte Streitfrage entstand bei der Untersuchung nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Gewährungsansprüche. Hier wollen die einen aus der Fassung des § 459 folgern, daß diese Rechte erst im Augenblick des Gefahrüberganges entstehen, während die anderen entweder den Vertragsschluß oder den Zeitpunkt des Auftretens des Mangels als maßgebend ansehen.

---

10) Soweit keine nähere Bezeichnung gegeben ist, handelt es sich um §§ des BGB.
11) Siehe Seite 33.
12) Schollmeyer, S. 97; Hellbach i. R. 05, S. 8.
13) Dernburg-Raape II, 2 § 185, S. 73 ff.
14) Siehe S. 45 f.

Hierbei sei schon gleich an dieser Stelle[15] darauf aufmerksam gemacht, daß man beobachten kann, wie alle diejenigen, die sich für die Entstehung der Gewährsansprüche erst im Augenblick des Gefahrüberganges entschieden haben, auch für fehlerfreie Erfüllung sind, und es mutet fast so an, als ob man der ersteren Ansicht wegen zu der zweiten gezwungen worden sei, weil sonst ja der Käufer, der vor dem Gefahrübergang — meistens der Uebergabe — ohne die Gewährleistungsrechte sein soll, beim Auftreten von Fehlern v o r dem Gefahrübergang rechtlos und zur Annahme der fehlerhaften Sache verpflichtet wäre.

Diese Erörterung nach der Annahmepflicht des Käufers tritt noch als letzte zu all' diesen Fragen hinzu. Sie alle stehen untereinander in engster Berührung und hängen in ihren Beantwortungen voneinander in vielen Beziehungen ab. Der Meinung aber wird man den Vorzug zu geben haben, die unter Beobachtung der in den einzelnen Gesetzesbestimmungen ausgesprochenen Tendenzen ohne Analogieschlüsse zu anderen Materien, wie sie z. B. Dörr[16] zum Dienst- und Werkvertrag und Kluckhohn[17] zur Regelung der Rechtsmängelhaftung machen, zu einem vernünftigen Ergebnis kommt.

Hauptteil.

§ 2.

Gehört es nach § 433 zur Erfüllungspflicht des Verkäufers, die Kaufsache fehlerfrei zu liefern?

I.

Die Beantwortung der Frage nach der Annahmepflicht steht in engster Berührung mit der Untersuchung der Erfüllungspflicht.

Es gilt auf die Hauptfrage des ganzen Gewährschaftsrechts einzugehen: ob der Verkäufer seiner in § 433 festgelegten Erfüllungspflicht nur durch die Leistung einer fehlerfreien Sache genügen könne. Vielfach ist nämlich die Beantwortung der Frage nach der Annahmepflicht des Käufers bei Fehlerhaftigkeit der Kaufsache eine Schlußfolgerung aus dem Er-

15) Siehe S. 21 f.
16) Siehe S. 9.
17) Siehe S. 10.

gebnis bei der Untersuchung nach der Erfüllungspflicht des Verkäufers geblieben, indem man ohne nähere Untersuchung einfach sagte: weil der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht auch bei Leistung einer fehlerhaften Sache genügt habe, so müsse der Käufer die Sache nun auch annehmen; oder umgekehrt, indem man folgerte: weil der Verkäufer fehlerlos zu erfüllen habe, brauche der Käufer die fehlerhafte Sache auch nicht anzunehmen.

Oertmann[1] z. B. wirft Dernburg nicht folgerechte Durchführung seiner Meinung vor, weil er aus dem Kauf eine Verpflichtung zur mangelfreien Lieferung in Bezug auf sachliche Mängel nicht entstehen lasse, andererseits aber dem Käufer keine Annahmepflicht gebe, und Kluckhohn[2] bemängelt es, daß die herrschende Meinung auf dem Standpunkt stehe, der Käufer brauche die fehlerhafte Sache nicht anzunehmen, o b g l e i c h sie an sich die Erfüllungspflicht nicht bejaht.

So ist die Frage nach der Annahmepflicht des Käufers bisher meist zwangsläufig bejaht oder verneint worden, je nachdem, wie man die Frage der Erfüllungspflicht entschied. Es hat auch den Anschein, als ob einige Schriftsteller nur deshalb eine Pflicht des Verkäufers zu mangelfreier Leistung angenommen haben, weil sie glaubten, bei Bejahung der Gegenmeinung den Käufer zur Annahme der fehlerhaften Sache für verpflichtet halten zu müssen, diese Folgerung aber als unannehmbar empfanden.

Zu zeigen, daß es aber möglich ist, auch wenn die Pflicht des Verkäufers zur Leistung einer fehlerfreien Sache verneint wird, dem Käufer ein Recht zur Ablehnung und zur Nichtannahme der fehlerhaften Sache zu geben, soll Gegenstand dieser Abhandlung sein.

Deshalb auch scheint es unerläßlich zu sein, des näheren auf die Streitfragen einzugehen, die sich hinsichtlich der Erfüllungspflicht des Verkäufers ergeben haben, und im Zusammenhang damit darzutun, daß die Vertreter der Meinung, die von dem Verkäufer mangelfreie Lieferung gemäß § 433 fordern, eigentlich nur sehr wenig durchschlagende Gründe für sich haben und in der Hauptsache eben tatsächlich wohl

1) Recht 09, S. 619.
2) Gruchot, Btr. Bd. 59, S. 1038 ff.

nur einem vermeintlichen unerfreulichen Ergebnis in den Schlußfolgerungen der anderen Ansicht entgehen wollen.

II.

Darlegung derjenigen Ansicht, die fehlerfreie Leistung fordert, und der Gründe, die gegen diese Ansicht sprechen

Wir haben mit den obigen Ausführungen unsere eigene Ansicht schon zu erkennen gegeben, daß wir es nämlich ablehnen, dem Verkäufer aus dem § 433 eine Pflicht zur mangelfreien Lieferung aufzuerlegen. Es sei aber zunächst die Meinung derer besprochen, die dieses bejahen,[3] und dann im Anschluß daran versucht, die einzelnen Begründungen zu widerlegen.

Hier stützt Eccius seine Ansicht, daß die Lieferung der Sache im mangelfreien Zustand zur Erfüllungspflicht gehöre, auf Titel I, 5 § 317 des Preuß. A.L.R.:

> „Auch die Leistung der Gewähr gehört zur Erfüllung eines Vertrages."

Er nimmt die Uebertragung dieses vom Landrecht ausdrücklich an die Spitze der Regelung der Gewährleistungsgrundsätze gestellten Satzes für das BGB. in Anspruch und folgert daraus, daß einerseits den Verkäufer eine Pflicht zur Leistung der Kaufsache in mangelfreiem Zustand treffe und daß andererseits der Käufer ein Recht zur Verweigerung der Annahme der nicht erfüllungsgemäß angebotenen Sache habe.

Kluckhohn[4] will die Leistungspflicht aus § 440 folgern. Er gibt folgende Beweisführung:

Der § 440 BGB. regele die Rechte des Käufers, falls der Verkäufer seine ihm in den §§ 433—437 und 439 obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt habe. Nun fasse man aber einerseits die durch die §§ 434, 435 und 437 getroffene Regelung stets unter der Bezeichnung „Haftung für Mängel im Recht" (§ 439) zusammen, andererseits aber spreche das Gesetz selbst in diesen Paragraphen einmal von einer Verpflichtung des Verkäufers (§§ 433, 434 und 435), in § 437 hingegen von einem „Haften" — ebenso wie im § 436 von

3) Cosak, I, S. 508 und 533; Dörr, LZ. 1918, S. 888; Eccius, Gruchot Btr. Bd. 43, S. 306; Emmerich, S. 68; H. A. Fischer, Bd. 51, S. 222; Gmelin i. R. 09; S. 768. Kluckhohn, Gruchot Btr., Bd. 59, S. 1038; Kisch, Unmögilckeit, S. 193; Kohler II S. 71 ff; Lesser, Rücktrittsrecht, S. 57; Makower, Vorb. A II. d. 3 zu § 375, 376; Riehl DJZ. 1913, S. 380; Schöller, Gruchot Btr., Bd. 46, S. 14; Staub. Anm. 42 zu § 374; Titze, Unmöglichkeit, S. 274; RG. 53, 70 ff; 66, 76 ff; Seuff. Arch. Bd. 59, S. 197; Staudinger, Vorb. 6 zu § 459, S. 124.

4) a.a.O., S. 1040.

einem ausnahmsweisen „Nichthaften" und in § 439 von einem „Nichtzuvertretenhaben" —. Wenn dann aber das Gesetz in § 440 abschließend allgemein von den dem Verkäufer nach den §§ 433—437 obliegenden Verpflichtungen spreche, so gehe es gegenüber dieser Terminologie seiner Ansicht nach nicht, den von den Gegnern gemachten begrifflichen Gegensatz zwischen der Erfüllungspflicht und der Gewährleistung, zunächst der wegen Rechtsmängel, zu konstruieren. Ohne daß man sich auf eine Erörterung, was unter „Haftung" im Gegensatz zur „Verpflichtung" zu verstehen sei, einzulassen brauche, genüge es, „wenn das Gesetz an die Verletzung des „Haften" die nämlichen Folgen knüpfe, wie an die Verletzung des „Verpflichtetsein", daß man sogar beides unter „Verpflichtungen" zusammenfasse, ohne hierbei irgendwie einen Unterschied zwischen Erfüllungspflicht und Gewährleistung zu machen. Ausgeschlossen aber sei es, daß das Gesetz mit dem Ausdruck „Haften" in den § 436 und 437 bei der Lehre von den Mängeln im Recht einen anderen Sinn verbände, als mit dem Haften in § 459 bei der Lehre von den Mängeln der Sache, zumal die Bezeichnung „Gewährleistung" in der Ueberschrift des Abschnittes offenbar nur ein anderer Ausdruck für „Haften" sei."

Außerdem beruft sich Kluckhohn[5] noch auf den Vertragsinhalt, und ihm vor allem hat sich darin der Kommentar von Reichsgerichtsräten[6] angeschlossen. Gegenstand des Kaufvertrages sei richtiger Auffassung nach nämlich nicht die Sache in ihrer konkreten Leiblichkeit, in dem Zustand, in dem sie sich z. Z. des Kaufabschlusses befinde, sondern es sei vielmehr zu unterstellender Parteiwille, daß die Sache in dem gesetzlich zu vertretenden Zustand geschuldet werde, „in dem Zustand, in dem sie der Käufer endgültig behalten und mit dem vereinbarten Kaufpreis bezahlen muß". Zwar seien dem Kommentar nach die Gewährleistungs- und die Erfüllungspflicht an sich von einander zu scheiden, aber das Eigenartige der Vorschriften des BGB. über die Gewährleistung bestehe darin, daß es die Haftung wegen Nichterfüllung der Verkäuferpflichten aus dem Kaufvertrag in besonderer Weise und abweichend von den allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung von Verträgen regele. Aus § 433 folge

5) a.a.O., S. 1041.
6) § 433, 8 Ia.

auch nichts Gegenteiliges; wenn nämlich in dieser Bestimmung besonders die Verpflichtung zur Uebergabe und Besitzverschaffung als Leistungsinhalt neben dem der Rechtsverschaffung hervorgehoben werde, so dürfe daraus noch nicht der Schluß gezogen werden, daß eine Leistungspflicht aus dem Kaufvertrag hinsichtlich der zu übergebenden Sache nicht vorhanden sei.

Emerich folgert so: daraus, daß der Käufer die Annahme verweigern könne, gehe hervor, daß der Erfüllungspflicht nicht genügt sei, denn mehr als Erfüllung könne der Käufer doch nicht verlangen.

Das scheint uns mehr ein Schluß aus einer unbewiesenen Behauptung zu sein; denn es ist nicht ersichtlich, ob das Weigerungsrecht aus allgemeinen Vertragsrechten hergeleitet wird, oder ob Emerich an die Wandlungseinrede denkt. So kann man mit dieser Beweisführung nur herzlich wenig anfangen und nur wiederum darauf hinweisen, daß mit Folgerungen ähnlich wie der Seite 5 f wiedergegebenen, hier nur in umgekehrter Weise, nichts angefangen und bewiesen werden kann.

Kisch[7] und Cosack[8] geben für ihre Ansicht keine nähere Begründung, während Schöller,[9] Titze[10] und Kohler[11] die Erfüllungspflicht aus dem Vertrage herleiten: der Leistungsinhalt sei infolgedessen unmöglich.

Dörr[12] glaubt aus einer Analogie zum Dienst- und Werkvertrag die Erfüllungspflicht herleiten zu können und geht in seinen Folgerungen sogar so weit, dem Verkäufer eine Nachbesserungspflicht aufzuerlegen.

Ob es ganz gerechtfertigt erscheint, Schöller[13] hierher zu zählen, kann zweifelhaft sein. Zwar bezeichnet auch er die Lieferung in mangelfreiem Zustand als Erfüllungspflicht, aber er gibt dem Käufer trotzdem nur die Gewährleistungsrechte aus den §§ 459 ff, von denen er annimmt, daß sie die allgemeinen Vertragsbestimmungen ausschließen. Das Wesentliche aber besteht unserer Ansicht nach gerade darin, daß in konsequenter Durchführung der Folgerungen, die sich

7) a.a.O., S. 193.
8) Bd. 2, § 127, 3.
9) Gruchot, Bd. 46, S. 19 ff.
10) a.a.O., S. 274.
11) Bd. 2, S. 71 ff.
12) a.a.O., S. 888.
13) a.a.O., S. 14 f.

aus der Bejahung der Pflicht zu mangelfreier Lieferung ergeben, bis zur Uebergabe auch die dieser Erkenntnis entsprechenden Rechte gegeben werden. Wenn man nämlich bei dieser Behauptung trotzdem nur auf eine Anwendbarkeit der Gewährleistungsrechte kommt — das, was in der Hauptsache wir wollen —, so hat es praktisch keine Bedeutung, ob man sagt, der Verkäufer brauche nicht fehlerfrei zu liefern, dem Käufer ständen aber bei fehlerhafter Lieferung die Gewährleistungsrechte zur Seite, oder ob man sagt, Pflicht des Veräußerers sei es, fehlerlos zu liefern, trotzdem aber habe der Käufer bei Mangelhaftigkeit nur die Rechte aus den §§ 459 ff.

Unter diesen Umständen gehört Schöller mit seiner Meinung äußerlich betrachtet hierher, rein tatsächlich aber müßte man ihn in das andere Lager zählen.

Alle anderen Vertreter dieser Ansicht erklären denn auch entsprechend ihrer Meinung, daß der Verkäufer bei fehlerhafter Lieferung eine im § 433 festgelegte Vertragsverpflichtung verletzt habe, bis zum Gefahrübergang die allgemeinen Regeln für anwendbar und lassen gegen den Abnahme- und Zahlungsanspruch des Verkäufers in entsprechender Anwendung des § 440 die Einrede aus § 320 zu, oder, soweit sie infolge des Mangels teilweise oder gänzliche Unmöglichkeit der Leistung annehmen, die Einwendung aus § 323.

Das Reichsgericht[14] spricht dem Käufer bei Angebot einer mangelhaften Kaufsache grundsätzlich die Erfüllungsverweigerung zu und versagt sie ihm in dem zu beurteilenden Falle nur wegen relativer Geringfügigkeit des Mangels, also nicht wegen Unanwendbarkeit des § 320, sondern gerade im Einklang mit seinen Vorschriften.

Kluckhohn[15] will die Anwendbarkeit der §§ 320—327 aus einem Analogieschluß zu § 440 entnehmen, weil bei Sachmängeln dieselben Normen zur Anwendung kommen könnten wie bei Rechtsmängeln.

Es ist aber nicht nötig, im einzelnen darauf einzugehen, wie die Einrede des Käufers gedacht ist, und ob sie aus § 320 oder aus § 323 gegeben wird. Für den Rahmen dieser Arbeit genügt an dieser Stelle die Feststellung, daß in Konsequenz mit der Annahme einer Vertragsverletzung die Rechte des § 440 gewährt werden, und daß man infolge der Mangelhaftig-

14) 53, 70 ff.
15) a.a.O., S. 1041.

keit sogar Unmöglichkeit der Leistung — teilweise oder auch ganze — annimmt.

Was nun zunächst die Begründung Eccius' unter Berufung auf das Preuß. A.L.R. betrifft, so gründet der Entwurf zwar die Rechtsgewährleistungspflicht des Veräußerers (§ 370 bis 378) auf das sogenannte Verschaffungsprinzip, indem er abweichend vom römischen Recht in Uebereinstimmung mit der modernen Rechtsanschauung den Veräußerer verpflichtet, dem Erwerber das Eigentum oder das sonst in Frage stehende Recht zu verschaffen. Hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel der Sache (§§ 381—411) schließt sich der Entwurf aber überaus eng an das römische Recht an und lehnt sowohl die abweichenden Bestimmungen des Preußischen Landrechts wie die Verallgemeinerung der für den Handelsverkehr geltenden besonderen Rechtssätze ab.[16] Beide Institute, das der Rechtsgewährleistungspflicht und das der Verpflichtung zur Sachmängelhaftung, werden vom Entwurf vollkommen getrennt und verschieden behandelt; außerdem aber finden wir noch in den Motiven[17], wie z. B. bei der Behandlung des Werkvertrages, Stellen, welche die Mängelgewähr beim Kauf zu den allgemeinen Folgen der Nichterfüllung in Gegensatz stellen. Hätte man aber für die Sachmängelhaftung die gleiche Regelung wie für die Rechtsgewährleistungspflicht treffen wollen, dann hätte es nahegelegen, sie gemeinsam zu regeln, zum mindesten aber, aufeinander Bezug zu nehmen. Nichts wäre leichter gewesen, als dieses. Gerade daraus, daß das nicht geschehen ist, erhellt die Stellungnahme der Motive und die Unrichtigkeit der Behauptung Eccius'.

Wenn das, was Eccius sagt, im übrigen richtig wäre, so würde es überhaupt nicht verständlich sein, warum man in den §§ 459 ff. eine so eingehende Umgrenzung der Sachmängelgewähr traf. Diese wäre im Fall der Richtigkeit der Eccius'schen Ansicht vollkommen überflüssig, da dann der § 440 eine ausreichende Regelung getroffen hätte.

Welche Bedeutung könnte es auch schließlich haben, wenn Eccius' Behauptung, der Satz des A.L.R. sei in das B.G.B. herübergenommen, tatsächlich richtig wäre?

Wenn man dieser Frage nachgeht, muß man sich immer vor Augen halten, daß es sich bei der Regelung der Sach-

16) Mugdan II, S. 123; Motive II, S. 224; Schröder, S. 2; Gierke, Entwurf, S. 217 (E II).
17) Bd. II, S. 478 ff.

mängelhaftung in den §§ 459 ff. in erster Linie um verborgene Mängel handelt, die in der Regel erst nach Abwicklung des ganzen Kaufgeschäfts auftreten. Hierbei könnte mit Recht — wenigstens mit derselben Berechtigung, mit der heute über den Zeitpunkt der Entstehung der Gewährleistungsrechte gestritten wird, deren Entstehung mit Vertragsschluß man auch verneint — die Frage auftreten, ob die Gewährleistung ein selbständig nach der Vertragsabwicklung ausgelöstes Recht des Käufers darstellt, oder ob sie auf dem Kaufvertrag basiert und ihre Grundlage in den Vertragsbeziehungen der Parteien findet. Ein solcher Streit sollte offenbar durch diesen Satz des Preußischen Landrechts von vornherein entschieden werden.

Es besteht aber vor allem auch ein großer Unterschied zwischen der Behauptung, die Kaufsache sei fehlerfrei zu leisten, und der Bestimmung, die Leistung der Gewähr gehöre zur Vertragserfüllung. Beides ist nicht identisch. Wenn man von der Leistung der Gewähr als einer Vertragserfüllung spricht, so soll damit gesagt sein, daß der Verkäufer vertraglich verpflichtet sei, bei nicht mangelfreier Leistung Gewähr zu leisten, und daß die Weigerung, auf das Minderungs- und Wandlungsbegehren des Käufers einzugehen, die Verletzung einer Vertragsverpflichtung bedeute. Es wird aber nicht damit gesagt, daß es zur Vertragserfüllung gehöre, mangelfrei zu leisten.

Wolff[18] vor allem weist noch darauf hin, daß Gewährleistung niemals gleichbedeutend sei mit „Gewähr" oder auch mit „Leistung". Im Gegenteil setze Gewährleistung begrifflich gerade voraus, daß nicht gewährt, nicht geleistet worden sei, und die Gewährleistung trete gerade an die Stelle der Leistung, für die Gewähr geleistet werde. Daher bedeute das „Gewährleisten" für die Mangelfreiheit nur die Uebernahme einer Verpflichtung für den Fall, daß nicht mangelfrei geleistet sei, nicht aber die Verpflichtung, Mangelfreiheit zu gewähren.

Für das B.G.B. erübrigte sich die Aufnahme eines Satzes, wie ihn das A.L.R. enthält, da es für die heutige Rechtsempfindung selbstverständlich ist, daß auch die nach der Abwicklung des Kaufvertrages ausgelöste Gewährleistung auf dem Vertrage beruht und insofern auch ihre „Leistung" eine Erfüllung des Vertrages darstellt.

18) Iherings J. Bd. 56, S. 1 ff.

So ist es keineswegs gerechtfertigt, aus der Bestimmung des A.L.R., daß auch die Leistung der Gewähr zur Vertragserfüllung gehöre, selbst wenn man deren Uebernahme in das B.G.B. annehmen wollte, eine Pflicht zur mangelfreien Lieferung herauslesen zu wollen. Der Wortlaut dieser Fassung besagt gerade das Gegenteil und ist eher geeignet, die Gegenmeinung zu unterstützen.

Zu Kluckhohns Berufung auf die Gleichheit des Ausdrucks „Haften" in den §§ 436, 437 und 459 und der offenbaren Gleichstellung mit dem in den §§ 433, 434, 435 und 440 gebrauchten Ausdruck „Verpflichtung" sei gesagt, daß nach seiner eigenen Behauptung ein Beweis aus sprachlichen Erwägungen heraus immer anfechtbar sein muß.

Es ist aber auch nicht angängig, aus zwei ganz verschiedenen Abschnitten des B.G.B. — denn das bleiben sie trotz der ähnlichen Bezeichnung: Rechtsmängelhaftung und Sachmängelhaftung — Worte gleicher sprachlicher Bedeutung herauszunehmen und aus der gleichen sprachlichen auch die gleiche juristische Bedeutung zu folgern. Es erscheint unmöglich, aus dem Wechsel beim Gebrauch der Zeitwörter in den §§ 433, 434, 435, 440 einerseits und in den §§ 436, 437 andererseits einen Beweis für die Bedeutung des „Haften" in § 459 führen zu können. Denn einmal scheint dieser Wechsel sich allein aus sprachlichen Rücksichten zu erklären. Der Gesetzgeber hat die Ausdrücke „Haften" und „Verpflichtetsein" willkürlich nebeneinander gebraucht, je nachdem sie besser ins Sprachgefüge paßten. Sodann aber wird die Bedeutung des § 437 erst unter Heranziehung des § 440 klar, das heißt erst die Folgen, die der Haftungsfall des § 437 nach § 440 auslöst, lassen erkennen, daß eine Erfüllungspflicht verletzt ist. Aus § 437 allein könnte man solche Rückschlüsse nicht ziehen, da der Ausdruck „Haften" an sich nichts darüber sagt, ob oder welche Verpflichtungen bestehen. Für § 459 aber fehlt eine ausdrückliche, erklärende Bestimmung, wie sie § 437 in § 440 hat. Diese dann für § 459 in § 440 sehen zu wollen, erscheint gegenüber den nach §§ 459 ff. gegebenen Rechten nur auf Gewährleistung nicht angängig, zumal auch in § 476 nur von einer Verpflichtung zur Gewährleistung gesprochen wird. Aus der verschiedenartigen Behandlung der beiden Abschnitte über Rechtsmängel- und Sachmängelhaftung, die eine Wesensgleichheit

und deshalb auch ein Bezugnehmen aufeinander vollkommen ausschließt, ergibt sich vielmehr die Unmöglichkeit der Beweisführung Kluckhohns.

Sodann aber kann auch die Haftung niemals über die Grenzen der Leistungsverpflichtung selbst hinausgehen, sonst würde man im Ergebnis dahin kommen, den Verkäufer für mehr haften zu lassen, als für das, was er zu leisten verpflichtet ist. Die Haftung kann sich deshalb immer nur innerhalb der Grenzen des Verpflichtetseins als dem Oberbegriff abspielen. Nun spricht das Gesetz im § 476, wie schon erwähnt, von einer Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache, nirgends anders aber etwa, im Gegensatz hierzu, von einer Verpflichtung zur fehlerfreien Lieferung. Das Gesetz gibt hier — zwar etwas versteckt — seine Ansicht zu erkennen, aber man wird das bei dem sonstigen Schweigen des Gesetzes über diese Frage nicht unbeachtet lassen können.

Es hat dann auch das oben Seite 11 Gesagte hier seine Bedeutung: aus der Behandlung in einem besonderen Abschnitt geht in Verbindung mit § 476 klar hervor, daß der Gesetzgeber hier gegenüber der Rechtsmängelhaftung eine anderer Regelung hat treffen wollen, und es ist nicht möglich, im Anschluß an die in einem anderen Abschnitt getroffenen Bestimmungen eine Verpflichtung zur mangelfreien Lieferung schaffen zu wollen. Kluckhohns Versuch eines Beweises mit dieser Begründung muß demnach scheitern.

Ebensowenig aber kann die Berufung auf den Vertragsinhalt helfen.[19] An sich ist es bei dem im Schuldrecht herrschenden Prinzip der Inhaltsfreiheit möglich, daß der Verkäufer eine wirkliche Verpflichtung zur Lieferung einer mangelfreien Ware eingeht. Aber ist dieser Vertragsinhalt ohne ausdrückliche Parteiabreden anzunehmen? Dies behauptet ein Teil der Gegner. Wie so oft zur Rettung sonst unmöglicher Konstruktionen taucht auch hier wieder der „vermutete Parteiwille" auf.

Sehen wir uns einmal den Willen der Parteien und den Sinn ihrer Erklärungen näher an. Der Käufer erklärt, eine bestimmte Sache zu bestimmtem Preis kaufen zu wollen; der Verkäufer gibt die entsprechende Erklärung ab. Damit ist der Kaufvertrag abgeschlossen. Wir geben gern zu, daß

19) Oertmann i. R. 08, S. 345 ff; Windscheid-Kipp II, § 394, S. 649.

der Käufer vielleicht von der Erwartung ausgegangen ist, eine fehlerlose Sache zu kaufen, und daß man auf seiner Seite einen dahingehenden Sinn seiner Erklärung wohl unterstellen kann. Gewöhnlich aber wird der Käufer sich darüber überhaupt keine Gedanken machen, gerade in dem Vertrauen darauf, daß ihm der Verkäufer ja zu „haften" habe, falls die gelieferte Sache fehlerhaft sei. Aber selbst für den Fall, daß der Käufer eine fehlerlose Sache erwartet, wird der Verkäufer mit seiner Erklärung niemals einen anderen Sinn verbinden wollen, als den, die Sache so, wie sie nun einmal ist, verkaufen und beim Auftreten von Fehlern innerhalb der gesetzlichen Grenzen haften zu wollen. Zu einer Vereinbarung — auch der stillschweigenden — gehören aber immer zwei sich deckende Erklärungen; weil die zweite auf Seiten des Verkäufers immer fehlen wird, kommt der behauptete Vertragsinhalt nicht zustande. Der geheime Vorbehalt des Käufers hat keine Wirkung (§ 116).[20]

Die stillschweigende Abmachung fehlerloser Lieferung bedürfte aber außerdem zur Sicherung des Verkäufers noch der Einschränkung: er, der Verkäufer wolle fehlerlos liefern, soweit es das Gesetz in den §§ 459 ff. verlangt; denn da es an sich möglich ist, die gesetzlichen Haftungsgrundsätze durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen abzuändern, könnte man vielleicht auch bei einem dementsprechenden Willen des Käufers zu einer stillschweigenden, die gesetzlichen Haftungsgrundsätze abändernden, Vereinbarung kommen. Dann aber würde eine Vereinbarung einfach auf Haftung für mangelhafte Lieferung gewiß sehr viel näher liegen. Man wird daher dem Verkäufer nur die Erklärung unterschieben können, daß er dem Käufer beim Auftreten von Fehlern haften wolle. Eine andere Erklärung könnte auch rein tatsächlich der Verkäufer meist garnicht abgeben. Er kann oft selbst nicht wissen und beurteilen, ob die Sache, die er liefert, wirklich ohne Fehler ist.[21] Man denke dabei allein an Materialfehler bei Maschinen und Motoren, die von Zwischenhändlern vertrieben werden. Bei solchen und ähnlichen Kaufgeschäften kann der Verkäufer vom kaufmännischen Standpunkt eine Verpflichtung, weder stillschweigend noch ausdrücklich, zur

20) Berndorff, a.a.O., S. 87.
21) s. a. S. 36.

mangelfreien Lieferung niemals eingehen; denn eine solche Verpflichtung würde für ihn nicht ohne Risiko sein, weil er selbst es nicht zu beurteilen vermag, ob die von ihm gelieferte Ware tatsächlich fehlerfrei ist oder nicht. Ist doch auch schon ein mündliches Versprechen auf fehlerfreie Lieferung vom praktischen Standpunkt aus fast undenkbar! Kaum ein Verkäufer würde und könnte sich darauf einlassen, zum wenigsten nicht, ohne die geforderte Fehlerfreiheit näher zu präzisieren; dann aber würde die Abrede einer Zusicherung näherkommen als einer allgemein gültigen Lieferungsverpflichtung. Wenn außerdem eine solche stillschweigende Vereinbarung zur fehlerfreien Lieferung angenommen werden könnte, wozu bedürfte es dann überhaupt noch der aedilizischen Rechtsmittel? Diese sind gerade zum Schutz des Käufers beim Auftreten von verborgenen Mängeln nach der Uebergabe eingeführt worden. Wenn es möglich wäre, hier eine stillschweigende Vereinbarung zur fehlerfreien Lieferung anzunehmen, würde diese ganze Regelung kaum nötig gewesen sein.

Man muß daher gegenüber diesen Erwägungen die Möglichkeit der Unterstellung einer stillschweigenden Vereinbarung auf fehlerfreie Lieferung als den Verkäuferinteressen geradezu zuwiderlaufend glattweg vereinen.

Auf Dörrs Ausführungen und seine Analogie zum Werkvertrag einzugehen, erübrigt sich. Mit sehr viel mehr Berechtigung kann daraus, daß im § 633 die Verpflichtung zur fehlerfreien Herstellung ausdrücklich festgelegt wird, während im § 433 über eine Verpflichtung zur fehlerfreien Lieferung für den Kaufvertrag nichts gesagt ist, der Schluß gezogen werden, daß hier im Kaufrecht im Gegensatz zum Werkvertrag eine andere Regelung gewollt ist.[22] Sonst würde man diese verschiedenartige Behandlung in der wörtlichen Fassung überhaupt nicht verstehen. Und ein Vergessen — darum müßte es sich dann handeln — gegenüber diesem ausdrücklichen Betonen bei der Regelung des Werkvertrages wird man dem Gesetzgeber im § 433 wohl kaum vorwerfen können.

Aber wir unterlassen es, uns darauf zu berufen und solche Gegenschlüsse zu ziehen.

22) Motive II, S. 224, 318, 478.

Auf Schöllers, Titzes und Kohlers Ansicht hier einzugehen, erübrigt sich, da sie uns bei ihrer Behauptung, daß die Leistung der Mangelfreiheit zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehöre, ohne nähere Begründungen lassen, und ihre weitere Behauptung, die Leistung sei bei Fehlerhaftigkeit der vom Verkäufer zu liefernden Kaufsache unmöglich, erst eine Folgerung aus ihrer Annahme der Verletzung der Leistungspflicht ist. Die Besprechung der Folgen aber haben wir uns für einen besonderen Abschnitt vorbehalten.

III.

Unsere Ansicht in der Streitfrage.

Nach diesen Erörterungen bleibt zur Begründung unserer Ansicht[23] wenig mehr zu sagen, da das, was sie unterstützt, zum größten Teil bereits bei der Widerlegung der gegnerischen Ansichten angeführt worden ist; nur davon muß noch gesprochen werden, daß unsere Hauptstütze sich im Gesetz unter Heranziehung des § 433, der Grundbestimmung des ganzen Kaufrechts findet.

In dieser Vorschrift wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Seiner Pflicht zur Uebergabe wie zur Verschaffung des Eigentums aber genügt der Verkäufer auch bei Lieferung einer fehlerhaften Sache, denn eine dritte Pflicht, die zur fehlerlosen Lieferung, kennt das Gesetz in dieser grundlegenden Bestimmung nicht. Auch das Wort „Haften" in § 459 weist nicht auf die von den Gegnern angenommene Vertragspflicht hin. Dieser Ausdruck ist an sich farblos, „da er auf eine bloße Gewährspflicht paßt und erst durch die folgenden Einzelbestimmungen erläutert wird."[24] Hierdurch soll nur das „Zuvertretenhaben" irgendwelcher Art angedeutet werden. Ob sich diese Folgen aber aus einer Verletzung der Erfüllungs- oder der Gewährlei-

23) Berndorff, Gattungsschuld; Crome II, § 220, 458 ff; Düringer-Hachenburg III, Anm. 115; Enneccerus I, 2 § 335, 1; Endemann I, § 160 Nr. 3 c, S. 966 und § 161 Nr. 1 b, S. 987; v. Gierke III, § 194, II, 3; Haymann, Anfechtung, S. 13; Hellbach i. R. 05, S. 8; Krückmann III § 9 S. 99 ff und LZ. 1915, 1351 und 1559; Landsberg I, 428. § 128; Leonhard, Beweislast S. 365; Oertmann, Bd. II § 433, 2a d 376; Ehrenbergs Hdb. IV, 2 S. 395 ff. i. R. 08, S. 345; 09 S. 617; i. Seuff. Bl. 76. 1 f; Planck, Bd. II § 459, 1 c; Roth, JW. 1913, S. 1081; Schollmeyer, a.a.O. S. 93 ff; Schröder, S. 1; Wolff, Iherings J., Bd. 56, S. 1 ff.

24) Oertmann zu § 433 2 a d S. 376 und zu § 459.

stungspflicht ergeben, darüber besagt dieses „Haften" nichts.

Das ist auch noch aus einem anderen Grunde richtig: denn richtig verstehen und würdigen kann man die im § 459 festgelegte Haftung nur unter Betrachtung der folgenden erläuternden Bestimmungen 460, 461 und 462. Der § 462, der die Folgen des „Haftens" im § 459 regelt, spricht unter Hinweis auf § 459 von einem „Zuvertretenhaben" und erläutert damit das „Haften" des § 459. So aber erklärt sich die Bedeutung dieses „Haftens" in dem behaupteten Sinne.

Es sei dann nur noch zu Schollmeyers[25] Ausführungen, deren Scharfsinnigkeit in zahlreichen Kommentaren gerühmt wird, etwas ausführlicher Stellung genommen.

Er sagt: „Zwar beruht Gewährleistungs- wie Erfüllungspflicht auf dem Vertrage, beide entstehen gleichzeitig mit Vertragsschluß, aber trotz dieser Berührungspunkte hat man beide streng zu scheiden; die Erfüllungspflicht ist die Verpflichtung des Schuldners, die geschuldete Leistung an den Gläubiger in Schuldtilgungsabsicht zu bewirken. Die Gewährleistungspflicht aber ist, allgemein gefaßt, die Verpflichtung, für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art und für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften einzustehen. Ist der Erfüllung nicht genügt, so kann möglicherweise die Erfüllung der Gewährspflicht noch ausstehen, denn letztere tritt zu der Verpflichtung des Vertragsschuldners, seine Schuld zu erfüllen, als eine besondere selbständige Verpflichtung hinzu".

Er geht sogar so weit, dies auch bei Gattungsschulden anzunehmen, stößt hierbei aber auf lebhaften Widerspruch auch auf Seiten der meisten Vertreter seiner sonstigen Ansicht. Im Gegenteil zieht man hier noch immer den § 480 Abs. 2 als Gegenargument heran, weil hier das Gesetz klar erkennbar eine Ausnahme von seiner sonstigen Auffassung dadurch gäbe, daß es beim Gattungskauf die Lieferung einer mangelfreien Sache in der Tat zur Erfüllungspflicht des Verkäufers rechne. Im Gegenschluß entnimmt man aus dieser Vorschrift des § 480, daß bei Speziesschulden die Lieferung einer fehlerfreien Sache nicht zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehöre.[26]

Ich persönlich aber neige mehr dazu, in dem Anspruch des Käufers, bei Gattungskäufen Lieferungen einer fehlerfreien

25) a.a.O. S. 93.
26) Oertmann i. R. 08, S. 345.

Sache verlangen zu können, auch nur einen Gewährleistungsanspruch zu sehen; doch wird darüber noch in einem besonderen Abschnitt zu sprechen sein. So muß ich es unterlassen, mich hier auf diesen Beweis zu berufen.

Gegenstand der Leistungspflicht ist dann aber nicht die Sache in dem Zustand des Vertragsschlusses, wie Schollmeyer[27] es will, sondern die Sache ist so zu liefern, wie es dem Verkäufer zur Zeit des Gefahrüberganges möglich ist.[28]

Fehlerfreiheit kann nämlich, wie später bei der Behandlung der Nichtigkeit des Vertrages im Zusammenhang mit der Frage nach der Unmöglichkeit der Leistung zu zeigen ist,[29] weder geleistet noch „mit"geleistet werden. Wollte man aber als Gegenstand der Leistungspflicht die Kaufsache in dem Zustand des Vertragsschlusses ansehen, so würde man den Verkäufer wegen eines nach dem Kaufabschluß eintretenden Mangels doch wieder zur fehlerfreien Lieferung verpflichten; denn er hätte die Kaufsache gegenüber dem Zustand des Vertragsschlusses fehlerfrei zu leisten. Damit würde man aber auf einem Umweg dieselben Beweisschwierigkeiten in das Gewährschaftsrecht hineingetragen und dieselben verwickelten und schikanösen Prozesse wiederum heraufbeschworen haben, die der Gesetzgeber mit der Wahl des Zeitpunktes in § 459 gerade vermieden wissen wollte.[30] Denn da der Verkäufer nach der Ansicht von Schollmeyer bei nach dem Kaufabschluß eintretendem Fehler aus den §§ 323—326 haften soll, müßte dem Käufer wegen dieser gegenüber den §§ 459 ff schärferen Haftung daran liegen, im Streitfall zunächst zu beweisen zu versuchen, daß der Fehler erst nach Vertragsschluß entstanden ist, während der Verkäufer ein Interesse daran hätte, einredeweise das Vorliegen des Mangels schon bei Kaufabschluß unter Beweis zu stellen. Daß aber das gerade nicht zur Vereinfachung des Rechts und zur Abschneidung verwickelter Prozesse beitragen würde, ist ohne weiteres einleuchtend.

Außerdem würde das in Wirklichkeit zu einer verschiedenartigen Behandlung der Kaufverträge führen, die sofort erfüllt werden und derjenigen, bei denen das erst später geschieht, und man würde dadurch eine Verschraubung und

27) a.a.O., S. 97.
28) Aehnlich Düringer-Hachenburg III, Anm. 115, S. 95.
29) Siehe S. 35 f.
30) Motive II, S. 226; s. a. S. 24.

Kompliziertheit in das Kaufrecht hineintragen, die der einfachen Handhabung dieser wichtigen Bestimmungen nur abträgig wäre. Man kann auch fernerhin auf diese Weise den Kaufvertrag nicht in einzelne Phasen — Kaufabschluß, Gefahrübergang — zerlegen und danach konstruieren wollen, sondern man muß ihn als ein einheitliches Ganzes betrachten und dementsprechend sein Wesen zu erkennen versuchen. Bei dieser Betrachtung darf man dann vor allem an dem § 459 nicht vorübergehen, der nur auf den Zeitpunkt des Gefahrüberganges Wert legt und damit die Möglichkeit eines Zurückgreifens auf einen früheren Zeitpunkt ausschließt. Wird man daher dann, wenn ein beim Gefahrübergang verborgener Fehler nach der Erfüllung auftritt (§ 459), wegen eines Gewährleistungsanspruchs rein theoretisch niemals einen Unterschied machen können zwischen Mängeln, die schon beim Kaufabschluß vorhanden waren und solchen, die erst in der Zeit zwischen Kaufabschluß und Gefahrübergang entstanden sind, so darf man diese Unterscheidung dann auch nicht bei einem offensichtlichen Mangel vor der Uebergabe machen wollen.

In Wirklichkeit würde man auf diesem Umweg auch neben der im BGB. gegenüber der gemeinrechtlichen Regelung getroffenen erweiterten Haftung des Verkäufers noch eine weitere Verschärfung der Haftung schaffen, indem man nämlich, wie später ausführlich darzulegen sein wird,[31] bis zum Gefahrübergang die §§ 323—326 mit Folgen, die weit über das Gewährschaftsrecht hinausgehen, für anwendbar erklärt. Das aber kann nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben.

Wie wenig Gewicht das Gesetz im übrigen in diesem Zusammenhang auf den Augenblick des Kaufabschlusses legt, zeigt der § 463, der wegen des Rechts des Käufers auf Schadensersatz auf den Zeitpunkt des Kaufabschlusses noch besonders abstellt und diesen Zeitpunkt gegenüber der gewöhnlichen Haftung aus § 459 als Ausnahme festlegt. Und wenn aus § 463 auch niemals ein Anspruch gegeben werden kann, wenn die beim Kaufabschluß vorhandenen Eigenschaften vor dem Gefahrübergang wieder fortfallen,[32] die Haftung des Verkäufers sich hier also trotz des Auftretens eines Fehlers

31) Siehe S. 45 f.

32) Enneccerus § 331, II, 3 und Anm. 33, S. 339; Lent. Gesetzkonkurrenz I, S. 213 ff; dagegen Staudinger Vorb. 5c zu § 459, der das nur bei Gattungskäufen zulassen will.

verringert,[33] so kann man umgekehrt bei einer Haftung aus § 459 keinen Unterschied zwischen Kaufabschluß und Gefahrübergang machen und eine Steigerung der Haftung schaffen wollen, indem man bei behebbarem Mangel das Unmöglichkeitsrecht mit seinen Verzugsfolgen für anwendbar hält. Doch werden wir darauf noch wieder bei der Besprechung der Behandlung der nach dem Kaufabschluß eintretenden Fehler[34] zurückkommen.

§ 3.

Wann entstehen die Gewährsansprüche?

Man kann bei Untersuchung der Frage nach der Entstehung der Gewährsansprüche beobachten, daß die Gegner in der vorigen Frage auch wiederum in dieser sich fast geschlossen gegenüberstehen. Nur Schöller und Enneccerus machen hier eine Ausnahme. Ueber Schöllers Ansicht haben wir jedoch bereits oben[1] gesprochen; es ist nicht nötig, das dort Gesagte zu wiederholen. Wir verweisen auf diese Ausführungen.

Enneccerus' Ansicht dagegen scheint nicht ganz klar, da er auf der einen Seite[2] die Vertragspflicht des Verkäufers durch Leistung der Sache, wie sie z. Z. des Vertragsschlusses ist, als erfüllt ansieht und die Gewährleistung wegen Mängel der Sache in Gegensatz zur Gewährleistungspflicht für Mängel im Recht bringt,[3] auf der anderen Seite aber die Gewährsansprüche erst nach der Uebergabe entstehen läßt, mit Ausnahme der Fälle, bei denen es sich um unbehebbare Mängel handelt.[4] So bleibt es unklar, welche Rechte der Käufer bei behebbaren Mängeln vor der Uebergabe haben soll; denn an die Rechte aus den §§ 320—326 kann deswegen nicht gedacht werden, weil nur eine Verletzung der Erfüllungspflicht diese auslösen würde, und Enneccerus diese verneint. Ebenso aber kann der Käufer kein Recht auf die Gewährsansprüche haben, da diese vor der Uebergabe nur bei unheilbaren Mängeln ge-

33) Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft kann nämlich trotz des Streites über die Begriffe „Fehler" und „Eigenschaft" zugleich die Behaftung mit einem Fehler darstellen: vgl. z. B. Oertmann, Nr. 5 b zu § 459.
34) Siehe S. 44 ff.
1) Siehe S. 9.
2) Lehrbuch § 335.
3) § 335, Anm. 2.
4) § 331, II, Id.

währt werden. So wird Enneccerus in diesem Falle der Meinung sein, der Käufer müsse, um überhaupt irgendwelche Rechte zu haben, die mit einem heilbaren Mangel versehene Sache annehmen. Doch ist das nicht klar ausgesprochen und muß eine Vermutung bleiben.

Im übrigen aber sind die Vertreter,[5] die für die Pflicht zur Lieferung in fehlerfreiem Zustand eintreten, auch zugleich für die Entstehung der Gewährsansprüche erst im Augenblick des Gefahrüberganges, d. i. gewöhnlich die Uebergabe, während die Gegner,[6] die die Pflicht zur fehlerfreien Lieferung verneinen, die Entstehung der Gewährleistungspflicht mit Vertragsschluß annehmen.

Der Entscheidung in dieser Frage aber muß man u. E. das größte Gewicht beilegen. Mit ihrer Beantwortung steht und fällt der Meinungsstreit in allen Fragen, die sich um die Sachmängelhaftung gruppieren. Das ist schon oben[7] bei der Besprechung der Schöllerschen Ansicht gestreift und sei hier nochmals kurz wiederholt.

Es bleibt sich nämlich ziemlich gleich, wie man sich zu der Erfüllungspflicht stellt, ob man die Verpflichtung zu mangelfreier Leistung bejaht oder nicht, ausschlaggebend allein ist, ob man die Gewährsrechte schon mit Vertragsschluß entstehen lassen will, oder erst mit Gefahrübergang.

Man ist sich nämlich in Wissenschaft und Praxis[8] darüber ziemlich einig, daß die Anwendbarkeit der Gewährschaftsrechte alle anderen Regeln ausschließt.[9] Wollte man also die Erfüllungspflicht bejahen, die Gewährschaftsrechte

5) Kluckhohn, Gruchot Btr. Bd. 59, S. 1044; Fischer, Iherings J. Bd. 51, S. 224; Cosack, I, § 127, VII, 3; Staudinger, Vorb. 1 vor § 459; Erläut. 3 zu § 459; Erläut. 3a zu § 462; Erläut. II, 5 zu § 465; Staub, § 377, Anm. 3 und 77 a; KRGR. § 459, 4, II, 6a, S. 639; Enneccerus, II § 331, II 1d, S. 337; Emerich a.a.O., S. 61, RG. 53, 73; 70, 459; 96, 156; JW. 05, S. 230; 1911, S. 539, 1914, S. 296, Warn. 09, Nr. 200; 1917, Nr. 181.

6) Crome, II § 222, Anm. 2; Planck zu § 462, Anm. 1; Oertmann zu § 459, Anm. 3 u. i. R. 09, S. 623; Schöller a.a.O. Bd. 46, S. 15; Krückmann, Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 101, S. 180, Kiehl, Gruchot Btr. Bd. 60, S. 624 und JW. 1914, S. 500; Haymann, Anfechtung S. 16; v. Gierke, III, § 194, Anm. 55; Schollmeyer, a.a.O., S. 95; Windscheid-Kipp, § 395, 1a; Wolff, Iherings J. Bd. 56, S. 8; Eccius a.a.O., S. 308; Dernburg-Raape, II, 2, § 185, S. 73 ff; Endemann, § 161, S. 987.

7) Siehe S. 9 f.

8) Crome § 220, Anm. 33; Dernburg, DJZ. 03, S. 4 ff; Düringer-Hachenburg III, S. 73; Kiehl a.a.O., S. 609 ff; Kipp-Windscheid, S. 701; Kisch a.a.O. S. 194; Müller i. R. 02, S. 541 ff und 576 ff; Oertmann II, Vorb. z. § 459; Planck § 459, 3. Nr. 2b a; Schöller a.a.O. S. 20 und 17; Schollmeyer, S. 104; Schroeder, S. 77; Staudinger, Vorb. zu § 459; Staub, Anm. 3 und 49 zu § 377; KRGR. § 459, 2. S. 631; RG. 52, 18 ff; 53, 202.

9) Siehe S. 31.

aber schon mit Vertragsschluß entstehen lassen, so hätte es keinen praktischen Zweck, die Erfüllungspflicht zu bejahen; denn neben den Gewährschaftsrechten sollen andere Regeln, wie oben dargelegt ist, nicht anwendbar sein.

So erklärt es sich vielleicht, daß alle diejenigen, die für die Erfüllungspflicht eintreten, die Gewährungsansprüche erst mit dem Gefahrübergang entstehen lassen wollen, und daß die Gegner bei dem Streit um die Erfüllungspflicht auch in dieser Frage sich gegenüberstehen.

Es sei nun zunächst die Meinung dargelegt, die für die strenge Auslegung des § 459 ist.

Sie will für sich besonders den § 477 streiten lassen,[10] durch den der Beginn der Verjährung auf den Zeitpunkt der Ablieferung verlegt werde, der im allgemeinen wenigstens mit dem des Gefahrüberganges zusammenfalle. Aus dieser Bestimmung wird im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 198, die den Verjährungsbeginn grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs verlegt, der Schluß gezogen, daß auch die Gewährsansprüche erst in dem Augenblick des Gefahrüberganges entständen. Der Tatsache aber, daß Gefahrübergang und Ablieferung nicht notwendig zusammen zu fallen brauchen, sucht man dadurch zu begegnen, daß man den § 477 bezüglich des Verjährungsbeginnes zu einer Spezialvorschrift für die Ausnahmefälle erklärt, in denen Uebergabe und Gefahrübergang nicht zusammenfallen. Fischer[11] will diese Unstimmigkeit dadurch vermeiden, daß er die Gewährleistungsansprüche nicht wie die übrigen mit dem Gefahrübergang, sondern korrekt im Anschluß an § 477 mit der Ablieferung entstehen läßt.

Des Arguments aus § 477 hat sich auch das Reichsgericht[12] bedient und weiter ausgeführt, für die Ansicht, daß die Gewährleistungsrechte erst mit dem Gefahrübergang entständen, spreche der innere Grund, daß der Käufer erst für die Fehlerhaftigkeit der ihm übergebenen Sache Gewähr geleistet haben wolle. Diese Interessenunterstellung aber scheint mir gekünstelt und falsch zu sein. Sie widerspricht jedem natürlichen Denken eines Käufers; der Käufer wird niemals eines Fehlers wegen „warten" wollen, sondern sofort

10) Kluckhohn, a.a.O., S. 1044.
11) a.a.O., S. 225.
12) 53, 73.

nach dem Auftreten des Fehlers die ihm vom Gesetz gewährten Rechte geltend machen und die ihm günstige Rechtsposition ausnutzen wollen.

Nicht zu Unrecht aber wird auch gegen die Beweisführung aus § 477 darauf hingewiesen, daß das BGB. selbst Fälle kenne, in denen ein Anspruch längst vor dem aus praktischen Gründen hinausgeschobenen Beginn der Verjährung vorhanden sei. So laufe die Verjährung der durch kurze Fristen ausgezeichneten Ansprüche des täglichen Lebens (§§ 196 und 197) erst vom Schluß des Jahres ab, in dem der Anspruch entstanden sei. Der Grund für die spätere Festlegung des Anfangstermins der Verjährung bei der Sachmängelhaftung sei aber allein darin zu suchen, daß dem Käufer erst jetzt bei der Ablieferung die Untersuchung möglich sei.[13]

Aber eines vor allem muß man den Gegnern noch entgegenhalten, daß nämlich der § 459 in der Hauptsache den Fall des verborgenen Mangels meint, der erst nach dem Gefahrübergang offensichtlich wird. Das folgt aus § 464, der den Fall des offensichtlichen Fehlers vor der Annahme regelt. Aus der Bestimmung des § 495 dann aber einen Schluß für den Fall des erkennbaren Mangels ziehen zu wollen, erscheint nicht angängig.[14]

U. E. kommt nämlich der Bestimmung des § 459, daß der Mangel z. Z. des Gefahrüberganges vorhanden gewesen sein muß, nur insofern Bedeutung zu, als damit allein die Beweisfrage umgrenzt und geregelt werden sollte. Einen anderen Zeitpunkt hierfür zu wählen, wäre praktisch gar nicht möglich gewesen. Die Gegner meinen zwar, es hätte nahegelegen. den Haftungs„beginn" des § 459 auf den Zeitpunkt des Entstehens des Mangels zu verlegen, wenn die Gewährleistungsansprüche nach dem Willen des Gesetzgebers tatsächlich vor dem Gefahrübergang entstehen würden, aber diese Folgerung ist nicht überzeugend. Der Gesetzgeber hat den Zeitpunkt im § 459 abweichend von der gemeinrechtlichen Regelung nicht gewählt, weil er den Augenblick der Entstehung der Gewährsvorschriften verlegen wollte, das stand dabei nicht in Frage, sondern er beabsichtigte damit, dem Käufer die Gefahr für den Untergang der Kaufsache aufzuerlegen.[15] Aus diesem Grunde

13) Fischer-Henle, Anm. 6 zu § 477.
14) s. a. S. 11 f. u. 38.
15) Motive II. S. 226.

könnte man höchstens die Frage aufwerfen, ob der Gesetzgeber mit dieser Aenderung zugleich auch den Zeitpunkt der Entstehung der Gewährsvorschriften verlegt wissen wollte.

Das aber scheint gegenüber der Begründung, die für die Aenderung vom Gesetzgeber gegeben worden ist, nicht der Fall zu sein. Denn die Wahl des neuen Zeitpunktes wird in den Motiven[15] damit begründet, daß die Bindung an den Zeitpunkt des Gefahrüberganges nicht allein „zur Vereinfachung des Rechts und zur Abschneidung schikanöser und verwickelter Prozesse" diene, sondern in der Regel auch der Intention der Parteien und der Verkehrsanschauung entspreche. Es ist demnach bei der Wahl des Zeitpunktes in § 459 berücksichtigt worden, daß die Wahl jedes anderen Zeitpunktes als des in § 459 gewählten für den Käufer[16] große Beweisschwierigkeiten mit sich bringen würde. Im Streitfall ist nämlich der von den Gegnern gewollte Zeitpunkt des Entstehens des Mangels — oder auch jeder andere, der noch früher liegt — nur sehr schwer nachweisbar; oft dürfte dieser Zeitpunkt überhaupt nicht zu beweisen sein. Der Käufer würde also vor eine schwierige, oftmals unmögliche Beweisaufgabe gestellt sein, und es würden ihm auf dem Wege zu seinem Recht grundlos Schwierigkeiten gemacht sein. Da es aber Aufgabe des Gesetzgebers ist, gerade ein so wichtiges Institut, wie es das des Kaufrechts ist, leicht und übersichtlich zu gestalten, so kam für das BGB. bei dem Bruch mit dem gemeinrechtlichen Grundsatz: periculum est emptoris nur der im § 459 gewählte Zeitpunkt des Gefahrüberganges in Frage.

Außerdem bedarf es nochmals eines Hinweises darauf, daß der § 459 den Fall des verborgenen Mangels regelt. Man brauchte daher in § 459 einen anderen Zeitpunkt gar nicht festzusetzen, da eine einheitliche Regelung, die in jedem Fall erwünscht war, hier ohne weiteres erfolgen konnte.

---

16) Mit Leonhard, Beweislast S. 365 ff, Crome, § 220, Anm. 64, Planck, Ziff. 1 zu § 462 S. 703, Oertmann, Ziff. 7 zu § 459, Recht 08, S. 345 ff. Düringer-Hachenburg III, Anm. 200, Cosack. § 127. VII. 1c. Hellbach i. R., 05 S. 8 Enneccerus I. 2. § 335, Anm. 4, S. 351, RG. 57, 399, kann es als durchaus herrschende Meinung bezeichnet werden, daß die Beweislast hier den Käufer trifft, ohne daß es darauf ankommt, ob auf die Lieferung einer fehlerhaften Sache die Vorschrift des § 363 Anwendung findet. Der Käufer hat die Fehlerhaftigkeit, auf die er sich als klagebegründende Tatsache stützt, zu beweisen. Auch Staub, Anm. 125 zu § 377 ist hier im Grunde derselben Ansicht, da er eine andere Verteilung der Beweislast nur will, solange die seiner Ansicht nach vor der Uebergabe zulässige Einrede des nichterfüllten Vertrages vom Käufer erhoben werden kann. Soweit nach der Uebergabe die Gewährsrechte allein zulässig sein sollen, gibt auch er dem Käufer die Beweislast.

Im übrigen zeigt auch ein Vergleich der §§ 459 und 463 die Unrichtigkeit der gegnerischen Behauptung. Der § 463 setzt nämlich im Gegensatz zu § 459 den Haftungszeitpunkt auf den Moment des Kaufabschlusses fest, und der Käufer müßte bei der Geltendmachung seines Schadenersatzanspruches diesen Zeitpunkt unter Beweis stellen. Zwar ist zu verlangen, daß der Mangel auch noch im Augenblick des Gefahrüberganges vorhanden war,[17] doch wäre das vom Verkäufer im Wege der Einwendung geltend zu machen. Den Käufer würde dafür die Beweislast nicht treffen können, da es sich dabei um eine Einwendung rechtsvernichtender Natur handeln würde. Es wird nämlich behauptet, der entstandene Anspruch sei wieder untergegangen. An der Beweislast des Klägers würde demnach durch die Forderung, der Fehler müsse auch noch im Augenblick des Gefahrüberganges vorhanden sein, nichts geändert werden. Wenn also im § 463 die Gewährschaftsrechte bereits im Moment des Kaufabschlusses entstehen, so müßte man, um konsequent zu bleiben, zu dem Ergebnis kommen, die Gewährsansprüche im § 459 erst mit dem Gefahrübergang entstehen zu lassen, im Falle des § 463 aber schon mit Vertragsschluß; denn wenn man in dem einen Falle aus der Festsetzung des Zeitpunktes, in dem der Mangel vorhanden gewesen sein muß, Rückschlüsse auf die Natur der Gewährleistungsansprüche ziehen will, so muß man es auch in dem anderen Fall tun.

Es erscheint aber undenkbar, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die Gewähransprüche in den beiden Fällen zu verschiedenen Zeitpunkten e n t s t e h e n sollten.

Der im § 459 gewählte Zeitpunkt bedeutet ferner auch nur eine Ausdehnung der schon an sich mit dem Vertragsschluß entstandenen Gewährsansprüche. Bei der Regelung des Gewährschaftsrechts im BGB. handelt es sich nämlich um eine Ausbildung des gemeinrechtlichen Instituts, das die Gewährleistungspflicht auf die z. Zt. des Vertragsabschlusses vorhandenen Mängel beschränkte. Das BGB. dehnt die Haftungspflicht des Verkäufers auf denjenigen Zeitpunkt aus, in welchem die Gefahr auf den Erwerber übergeht. Die Verschärfung der Haftung des Verkäufers besteht also darin, daß man den im gemeinen Recht mit Vertragsschluß gegebenen Haf-

17) Planck, Ziff. 3 zu § 463; Enneccerus, Anm. 33 zu § 331; Lent. Gesetzeskonkurrenz, S. 214 gegen Staudinger, Vorb. 5 c zu § 459.

tungsfall zurückverlegte. Daß der Gesetzgeber mit dieser Rückverlegung aber beabsichtigte, den Verkäufer bis zu diesem neugewählten Zeitpunkt für die Mangelfreiheit wie für eine Erfüllungspflicht einstehen zu lassen, und daß er so neben dem Auferlegen der Gefahrtragung eine weitere Verschärfung der Verkäuferhaftung in das Gewährschaftsrecht hineintragen wollte, darf man ohne weiteres nicht annehmen. Es würde das eine vom gemeinen Recht ganz verschiedene Auffassung sein, die sicher in einer besonderen, zu keinem Zweifel Anlaß gebenden Bestimmung ihren Niederschlag gefunden hätte.

Haymann,[18] der auch der Meinung ist, daß die Rückdatierung des Haftungszeitpunktes gegenüber dem Gemeinen Recht nur eine Ausdehnung und einen Ausbau der Haftungspflicht des gemeinrechtlichen Instituts bedeute, nicht aber die Wahl eines anderen Zeitpunktes, in dem diese Haftung erst beginnen soll, drückt das so aus: „Nicht die Haftung sei zeitlich hinausgeschoben, sondern der Inhalt, der schon durch den Kaufabschluß gegebenen Haftungspflicht gehe dahin, daß für die Beschaffenheit der Kaufsache in jenem späteren Zeitpunket des Gefahrüberganges eingestanden werden müßte."

Aber auch das Gesetz ist für uns. § 636 läßt die Wandlung schon zu, wenn das Werk ganz oder z. T. nicht rechtzeitig hergestellt ist. Außerdem hat der Besteller gemäß § 634 unter gewissen Voraussetzungen ein Recht zur Wandlung, wenn sich vor der Ablieferung des Werks ein Mangel zeigt. Die Wandlung wird damit schon vor der Vertragserfüllung zugelassen, und es ist nicht einzusehen, warum das Wandlungsrecht des Käufers anders gestaltet sein sollte, zumal im § 634 bezüglich des Inhalts des Wandlungsrechts noch besonders auf die Kaufbestimmungen Bezug genommen wird.

Andererseits beweisen auch zwei Kaufvorschriften die Richtigkeit unserer Ansicht, Vorschriften, auf die bisher, soweit ersichtlich, noch nicht hingewiesen worden ist. Es sind das die § 464 und 468 Satz 2.

Im § 464 heißt es nämlich: die in dem § 462 und 463 bestimmten Ansprüche stehen dem Käufer nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält.

18) Anfechtung S. 18.

Diese Bestimmung hat das Gesetz deswegen getroffen, weil man in der vorbehaltlosen Annahme der fehlerhaften Kaufsache einen stillschweigenden Verzicht auf die Gewährschaftsrechte erblickt.[19] Die konkludente Handlung, aus der man den Verzicht entnimmt, ist also die vorbehaltlose Annahme. Nach der Gegenmeinung aber sollen gerade erst im Moment der Annahme — die Gefahr geht in den gewöhnlichen Fällen mit der Annahme über — die Gewährschaftsrechte entstehen. Wie soll es aber möglich sein, daß eine Handlung, die Rechte erst zum Entstehen bringt, auch zugleich konkludent für deren Verzicht sein kann? Oder will man etwa sagen, die vorbehaltlose Annahme, die dieselben Rechte zugleich gibt und nimmt, läßt die Gewährschaftsrechte überhaupt nicht zur Entstehung gelangen? Wo soll dann aber der Verzicht liegen? Will man ihn etwa darin finden, daß auf die Entstehung der Gewährschaftsrechte verzichtet wird? Es ist nicht recht ersichtlich, wie man die Meinung, die Gewährschaftsrechte entständen erst mit dem Gefahrübergang, mit der Bestimmung des § 464 in Einklang bringen könnte. Diese Ausführung scheint vielmehr darauf hinzuweisen, daß die Gewährschaftsrechte schon vor der Annahme gegeben und schon vorher entstanden sein müssen. Sonst könnte mit vorbehaltloser Annahme nicht auf sie verzichtet werden.

Sodann aber geht auch aus der wörtlichen Fassung des § 464 hervor, daß dem Käufer, der sich bei der Annahme seine Rechte vorbehalten soll, diese Rechte schon zu diesem Zeitpunkt zustehen müssen. Wie sollte er sonst seine Rechte bei der Annahme sich vorbehalten können. Dieses „seine" drückt aus, daß es sich um Rechte handeln muß, die der Käufer z. Zt. seines Vorbehaltes schon besitzt. Die Fassung wäre daher unmöglich, wenn erst in dem Augenblick des Vorbehaltes die Rechte auf Gewährleistung entstehen würden, weil man dann nicht von „seinen" Rechten sprechen könnte.

Man könnte zwar einwenden, der § 464 meint die Rechte, die dem Käufer für den Fall der Annahme zustehen werden. und spricht insofern von „seinen" Rechten. Das trifft aber zweifellos nicht zu, soweit der § 464 die Rechte aus § 463 meint; denn diese Rechte stehen dem Käufer schon vom Zeit-

19) Warn. 1918, Nr. 114, S. 174; Motive II, S. 229, § 386; Mugdan, II, § 386 Seite 126.

punkt des Kaufabschlusses zu. Soweit wäre daher die gegebene Auslegung richtig. Wegen der Rechte aus § 462 könnte es dann allerdings zweifelhaft sein, wie das „seine" in § 464 aufzufassen ist. Doch es scheint fast ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber damit einen Doppelsinn verbunden haben sollte, indem er einmal die schon entstandenen Rechte aus § 463 und zum anderen die mit der Annahme entstehenden Rechte aus § 462 gemeint hat.

Man kann daher den § 464 wohl nur so interpretieren: der Käufer habe sich seine Rechte, die er an sich schon wegen des Mangels habe, bei der Annahme vorzubehalten.

Die zweite angezogene Bestimmung betrifft den Kauf eines Grundstücks. Hier kann der Käufer unter gewissen Voraussetzungen schon vor der Erfüllung Wandlung verlangen. Zur Erfüllung eines Kaufvertrages über ein Grundstück sind nach § 873 Einigung und Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Da nun in gar nicht seltenen Fällen eine Uebergabe des Grundstücks nicht stattfindet und dann nach § 464, II die Eintragung in das Grundbuch für den Gefahrübergang maßgebend ist, so haben wir hier ganz einwandfrei den Fall, daß das Gesetz selbst auch in den Kaufbestimmungen die Wandlung v o r dem Gefahrübergang zuläßt. Diese Bestimmung aber ist in das Gesetz aufgenommen worden, ohne sie etwa als eine Ausnahme hervorzuheben. So schließt diese Vorschrift den Beweis aus den §§ 634, 636, daß auch beim Kauf die E n t s t e h u n g der Gewährsansprüche nichts mit dem Gefahrübergang zu tun hat und daß der Zeitpunkt des Gefahrüberganges in § 459 nur deshalb gewählt worden ist, weil zur Erleichterung des dem Käufer obliegenden Beweises bei nach dem Gefahrübergang auftretenden Fehlern ein Zeitpunkt geschaffen werden mußte, der im Interesse der Parteien eine klare und übersichtliche Rechtslage schuf.

Dabei bleibt es sich nun im Ergebnis ziemlich gleich, ob man die Entstehung der Gewährsrechte mit dem Auftreten des Mangels oder mit Vertragsschluß annimmt. Wir möchten behaupten, daß sie mit Vertragsschluß entstehen,[20] weil es sich bei den Gewährschaftsrechten um Vertragsrechte handelt. Es erscheint als das Natürlichere und Selbstverständlichere, dann auch ihre Entstehung mit Vertragsschluß anzu-

20) Schollmeyer a.a.O. S. 93.

nehmen, Wollte aber der Gesetzgeber den Zeitpunkt der Entstehung des Mangels als maßgebend ansehen, so hätte es vor allem gegenüber der gemeinrechtlichen Regelung einer besonderen Bestimmung bedurft.

Man wird daher in dem Gewährleistungsrecht ein mit dem Kaufabschluß entstehendes Vertragsrecht zu erblicken haben, das beim Auftreten des Mangels zur Auslösung kommt.

Interessant aber wäre es zu wissen, ob für die Gegner beim Aufbau ihrer Konstruktion das Primäre das Bejahen der Pflicht zu fehlerfreier Lieferung gewesen ist, oder ob diese Ansicht sich erst daraus ergeben hat, daß man bei den Untersuchungen über die Entstehung der Gewährsansprüche zu dem hier wiedergegebenen Resultat gekommen ist.

Wenn man nämlich die Entstehung der Gewährschaftsrechte erst mit dem Gefahrübergang annimmt, die Erfüllungspflicht aber nicht bejaht, so ist der Käufer in konsequenter Durchführung dieser Ansicht bis zum Gefahrübergang ohne die Gewährschaftsrechte. Da ihm andererseits bei Verneinung der Erfüllungspflicht die Rechte aus den §§ 320—327 auch nicht gegeben sein könnten, ständen dem Käufer bis zum Zeitpunkt der Entstehung der Gewährsrechte — dem Gefahrübergang — wegen eines Mangels keine Rechte zu. Er müßte vielmehr die fehlerhafte Kaufsache erst annehmen, um sich die Gewährleistungsrechte zu verschaffen. Vielleicht fand man das unhaltbar und verfiel bei der Suche nach einem Ausweg darauf, hier eine Verletzung der Erfüllungspflicht gemäß § 433 anzunehmen.

Es ist daher möglich, daß es sich bei der Annahme einer Erfüllungspflicht um ein Billigkeitsresultat handelt.[21] Ebenso aber ist auch das Umgekehrte möglich, daß man erst auf die Erfüllungspflicht kam und von da aus weitergehend auch auf die strenge Auslegung bei dem Streit um die Entstehung der Gewährsansprüche.

Wie schon mehrfach erwähnt,[22] hat nämlich die Annahme der Pflicht zur Lieferung einer fehlerfreien Sache nur dann Sinn und Zweck, wenn man auch die Gewährsansprüche streng im Anschluß an § 459 mit dem Gefahrübergang entstehen läßt und bis dahin die Anwendung der Rechte aus den

21) s. S. 22 f.
22) s. S. 9 u. 22 f.

§§ 320—327 zuläßt; denn da mit herrschender Ansicht[23] angenommen werden kann, daß es eine kumulierte Anwendbarkeit beider Normenkomplexe nicht gibt, würde die Anerkennung der Gewährsansprüche schon vor dem Gefahrübergang die Gegenmeinung illusorisch machen. Jedenfalls muß die ganz klare Scheidung, von der oben gesprochen worden ist,[24] auffallen und man kann sich nicht ganz des Eindrucks erwehren, daß die Gegenmeinung sich manchmal in ihren Begründungen doch etwas Zwang angetan hat, nur um ihre Ansicht zu einem „guten" Ende durchzuführen und um ihr ihre Berechtigung zu verschaffen. Wenn man sich die oft weit hergeholten Begründungen dieser Ansicht ansieht, kann man von diesem Gedanken leider nicht ganz loskommen.

Demgegenüber sind unsere Begründungen bei ojektiver Beurteilung klarer und einleuchtender.

Dies zeigt sich besonders hier bei dem Streit um die Entstehung der Gewährleistungsrechte, dem wir, wie schon gesagt, in allem die größte Bedeutung beilegen; denn die Berufung der Gegenseite auf § 477 ist keineswegs glücklich, ebenso wie die Begründung des Reichsgerichts, ein innerer Grund spreche für diese Ansicht, unannehmbar ist.

Unser Beweis aus den §§ 634, 636, 464 und 468 dagegen hat den Wortlaut des Gesetzes für sich.

§ 4.

Die rechtlichen Folgen beider Ansichten.

Wenn wir nun zur Besprechung der Folgen übergehen, so handelt es sich zunächst nur um d i e Folgen, die eintreten, soweit sich infolge eines offensichtlichen Mangels, der schon bei Vertragsschluß vorgelegen hat, v o r der Uebergabe Unstimmigkeiten ergeben; denn wie gesagt,[1] ist man sich darüber ziemlich einig, daß in diesem Falle n a c h der Uebergabe nur noch die Regeln der §§ 459 ff. zur Anwendung kommen können.

Die Gegner geben, wie schon ausgeführt,[2] dem Käufer gegen den Anspruch des Verkäufers auf Abnahme der vertragswidrig angebotenen Kaufsache die Einrede des nicht-

23) s. S. 22.
24) s. S. 21.
1) s. S. 22.
2) s. S. 10.

erfüllten Vertrages aus den allgemeinen Bestimmungen der §§ 320—327.

Die Folge davon ist, daß der Käufer die ihm angebotene mangelhafte Ware als zur Erfüllung unzulänglich zurückweisen und fehlerfreie Erfüllung verlangen kann. Nach den allgemeinen Grundsätzen würde dann der Verkäufer, soweit ihm die geforderte mangelfreie Lieferung wegen eines von ihm zu vertretenden Umstandes nicht möglich ist, nach Mahnung und Fristsetzung über § 326 in Verzug kommen und nach § 286 schadenersatzpflichtig werden, falls es sich um einen unbehebbaren Mangel handelt.

Tatsächlich hat denn das Reichsgericht auch immer so entschieden.[3]

Das steht aber zunächst in Widerspruch mit der sonstigen Regelung des Gewährschaftsrechts, da das Gesetz ein Schadensersatzrecht nur beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften und bei arglistigem Verschweigen anerkannt hat (§ 463).

Weiterhin aber bedeutet es, daß der Käufer vor dem Gefahrübergang doppeltes Recht hat. Er könnte gemäß §§ 326, 286 Schadensersatz verlangen, andererseits aber auch die fehlerhafte Sache annehmen und dann unter der Voraussetzung des § 464 zur Wandlung und Minderung berechtigt sein. Das würde zu dem Erfolge führen, daß ein rechtskundiger Käufer niemals die fehlerhafte Sache annehmen würde, wenn er auch sonst trotz des Fehlers ein gewisses Interesse an der gekauften Sache hätte und sich mit einer angemessenen Minderung des Kaufpreises einverstanden erklären würde. Denn das Recht auf Schadensersatz wird dem Käufer meist mehr wert sein, als die Rechte auf Wandlung und Minderung. Eine solche Begünstigung des Käufers gegenüber dem Verkäufer wäre durch nichts gerechtfertigt und würde zu einem dem Verkäufer gegenüber ganz unbilligen Rechtszustand führen.

I.

Die Nichtigkeit des Kaufvertrages.

Sodann aber müßte es sich allemal bei einem unbehebbaren Mangel, der der Sache schon z. Zt. des Ver-

3) RG. 53, 75 und 90; 86, 92.

tragsschlusses anhaftete, um eine ursprüngliche Unmöglichkeit handeln, die den Vertrag nach § 306 und § 139 nichtig machen würde.

Das ist denn auch von manchen der Gegner[4] durchaus bejaht, von anderen[5] dagegen abgelehnt worden; man ist sich darüber im Gegenlager nicht sehr einig. Unklar bleibt es auch, wie die Konstruktion der Gegner gedacht ist, wenn sie die Nichtigkeit des Vertrages aus § 306 verneinen. Es wird dafür zum Beweis einfach angeführt, das Gesetz könne doch durch positive Ausnahme einen sonst nichtigen Vertrag für gültig erklären; dies sei durch die §§ 459 ff. geschehen.

Diese Beweisführung ist insofern nicht überzeugend, als nach der gegnerischen Ansicht die Gewährsvorschriften doch überhaupt erst im Augenblick des Gefahrüberganges entstehen[6] und von einem Ausschluß der allgemeinen Vorschriften durch die speziellen Vorschriften v o r dem Gefahrübergang nicht gesprochen werden kann. Die Gegner lassen doch auch bis zum Gefahrübergang die allgemeinen Regeln und Vorschriften der §§ 119 (Anfechtung wegen Irrtums) und 320—327 mit der Begründung zu, die Gewährsansprüche seien noch nicht zur Entstehung gelangt, und sie sehen diese Vorschriften durch das Vorhandensein und die Regelung der §§ 459 ff. wiederum nicht als ausgeschlossen an. Mit derselben Begründung und Rechtfertigung, mit der man die Nichtigkeit des Kaufvertrages durch die §§ 459 ff. als ausgeschlossen ansehen will, müßte man die Anwendung der §§ 119 und 320—327 auch verneinen. Man sollte dann doch wenigstens konsequent sein. Allerdings wäre damit der gegnerischen Behauptung, der Verkäufer habe nach § 433 fehlerfrei zu liefern, der Boden entzogen; das soll nicht verkannt werden. Es geht indes nicht an, daß man bei dieser Beweisführung nur das für seine Meinung Günstige herausnimmt, das andere dagegen außer Betracht läßt: sondern, wenn man sich darauf beruft, muß man die Folgerung ganz durchführen oder man muß es überhaupt unterlassen, sich darauf zu stützen. Und was hier bekämpft wird, ist nicht so sehr die Berufung auf den Ausschluß der Nichtigkeit durch die §§ 459 ff., denn auch wir

4) Kiehl a.a.O. S. 609 ff.; KRGR. § 275 a. S. 405; § 433, 8 I a S. 593; § 459, 4, II, 6 A, S. 639.
5) Kluckhohn a.a.O.; Titze § 13, S. 274; Staub, Anm. 49 zu § 377; Staudinger Vorb. 6 b zu § 459; Schöller a.a.O.
6) s. S. 22.

verneinen ja die Unmöglichkeit der Anwendung des § 306, als gerade die ungleiche Durchführung des Beweises.

Diese Halbheit der Gegner ist offenbar eine Inkonsequenz, um die scharfe Folgerung ihrer Meinung (Nichtigkeit des Vertrages) abzumildern, weil sie in diesem Punkte ihre Schwäche fühlen.

Das Reichsgericht[7] hat dagegen dem Käufer vor dem Gefahrübergang die Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages aus § 306 gegeben, soweit es sich um einen unbehebbaren Mangel schon z. Zt. des Kaufabschlusses handelt, und dieses Recht nur nach der Uebergabe versagt.[8]

Aber sollte der Gesetzgeber tatsächlich beabsichtigt haben, Kaufverträge deshalb als nichtig anzusehen, weil die Kaufsache nicht fehlerfrei geliefert werden könne? Das erscheint einmal schon aus der Regelung des § 468 ganz ausgeschlossen, weil hier von dem Recht auf Wandlung schon vor der Erfüllung — gleich Gefahrübergang[9] — gesprochen wird und das nicht nötig wäre, wenn das Gesetz den Kaufvertrag vor dem Gefahrübergang wirklich für nichtig halten würde. Der Käufer würde mit der Berufung auf die Nichtigkeit weiterkommen, da er unter den Voraussetzungen des § 307 Anspruch auf das negative Interesse hätte, und das Gesetz brauchte dann im § 468 von dem Recht zur Wandlung nicht als von einer Art Vergünstigung zu sprechen und die Geltendmachung noch an besondere, erschwerende Voraussetzungen zu knüpfen. Man komme auch nicht mit dem Einwand, diesen Fall als Ausnahme von der sonstigen Auffassung des Gesetzes bezeichnen zu wollen. Ausnahmen pflegen im Gesetz deutlicher und vor allem so klar gegeben zu werden, daß Zweifel dieser Art nicht möglich sind.

Außerdem würde es sich um eine Nichtigkeit handeln, die doch wahrscheinlich nur vom Käufer geltend gemacht werden könnte. Oder will man dieses Recht etwa auch dem Verkäufer geben, der damit oft das Interesse des Käufers an der selbst mangelhaften Kaufsache durchkreuzen und gegenstandslos machen könnte? Die Entscheidung darüber, ob auch die mangelhafte Kaufsache als Leistung aus dem Kaufvertrag gelten soll, muß einzig und allein in die Hand des

7) 20. I. 09. V 144/08; JW. 1912, 72; Cruchot 53, S. 937 ff.; Auszug aus diesen Entscheidungen siehe Anhang.
8) 11. I. 18 II. 389/17; 91, 421; Warn. 1918, Nr. 185; DJZ. 03, 549.
9) s. a. S. 29.

Käufers gegeben sein. Das folgt aus § 464, der dem Käufer das Recht der Interessenabwägung zubilligt.[10] Dieses Recht aber darf dem Käufer nicht dadurch beschnitten werden, daß man u. U. bei Fehlerhaftigkeit den Kaufvertrag bis zum Gefahrübergang für nichtig erklärt. Andererseits aber gibt es keine Nichtigkeit, auf die sich nur die eine Partei berufen könnte. Man müßte deshalb die Berufung auf die Nichtigkeit für den Käufer wie auch für den Verkäufer zulassen und kommt dabei zu einem Ergebnis, das in keiner Weise den Interessen des Käufers gerecht wird. Der Verkäufer würde sich oftmals auf eine bequeme Art und Weise seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag entziehen können.

Auf der einen Seite führt daher die Anwendbarkeit der allgemeinen Regel der §§ 320—327 zu einem für den Verkäufer nachteiligen Rechtszustand, auf der anderen Seite kann es den Interessen des Käufers niemals entsprechen, wenn man den Kaufvertrag tatsächlich für nichtig erklären wollte. Die Interessen des Käufers aber müssen in dieser Frage gerade ausschlaggebend sein, weil es sich um die Schmälerung seines gesetzlich im § 433 normierten Rechts auf Forderung der Leistung aus dem Kaufvertrag handelt.

Wie kann man andererseits hier überhaupt von einer Unmöglichkeit der Leistung und deshalb von der Nichtigkeit des Kaufvertrages sprechen?

Eine Leistung kann in einem Tun oder einem Unterlassen bestehen, und man wird von einer Unmöglichkeit zur Leistung nur dann sprechen können, wenn ein solches Tun oder Unterlassen ohne die Umstände, die die Leistung unmöglich gemacht haben, an sich möglich ist. So wird es dem Verkäufer möglich sein, die Sache zu übergeben, das Eigentum oder das verkaufte Recht zu verschaffen (§ 433), er wird den Gegenstand frei von Rechten Dritter beschaffen (§ 434), das Grundbuch bereinigen lassen (§ 435) und für den rechtlichen Bestand der Forderung (§ 437) garantieren können. Das alles sind Pflichten, die er beim Verkauf übersehen und bei deren Verschaffung er irgendwie mitwirken, die er wirklich „leisten" kann. Es handelt sich hierbei um ein wirkliches „Tun", so daß man deshalb von einer Möglichkeit oder einer Unmöglichkeit zur Leistung sprechen kann.

10) s. S. 38.

Aber es ist nicht möglich, Mangelfreiheit zu „leisten", da es sich hierbei weder um ein Tun noch um ein Unterlassen handeln kann, und es eine vom Verkäufer zu erbringende Leistung nicht gibt.

Es ist schon oben[11] darauf hingewiesen worden, daß der Verkäufer in vielen Fällen oder überhaupt niemals darüber ein Urteil hat, ob die von ihm verkaufte Sache tatsächlich fehlerfrei ist. Auch bei sorgfältigster Untersuchung wird er darüber nichts sagen können. Es wird sich vielmehr oft erst bei dem späteren Gebrauch der Sache durch den Käufer zeigen, ob tatsächlich dieser sogenannten Leistungspflicht genügt worden ist oder nicht. Der Verkäufer kann wohl eine neue oder eine gebrauchte Sache leisten wollen, niemals aber eine fehlerfreie, weil es sich dabei um eine Eigenschaft der Kaufsache handelt, über die ihm jede Beurteilung vor der Lieferung der Sache fehlt. Man darf nämlich nicht übersehen, daß das Urteil, eine Sache habe Fehler, abgesehen von dem Fall des offensichtlichen Mangels, gewöhnlich nur auf einer Betrachtung post factum beruht. Man kann meistens erst nachträglich sagen, die Sache sei nicht fehlerfrei geleistet worden.

Zum Begriff der „Leistung" gehört aber generell auch die physische Möglichkeit, sie erbringen zu können. Mangelfreiheit aber kann in diesem Sinne niemals „erbracht" oder „geleistet" werden; denn es würde sich um eine „Leistung" handeln, über die dem Verkäufer vor der Erfüllung in den meisten Fällen eine sichere Beurteilung fehlen wird. Der Verkäufer kann auch nichts „tun", was dazu berechtigen könnte, hier von einem „Leisten" zu sprechen, sondern er muß abwarten, ob er fehlerfrei geleistet hat.

Es entfällt daher jede Berechtigung, hinsichtlich der Fehlerfreiheit überhaupt von einer Leistung des Verkäufers sprechen zu können. Man wird es vielmehr als durchaus gewollt und auch richtig ansehen müssen, wenn der Gesetzgeber bei der Sachmängelhaftung nur von einem „Gewährleisten" im Sinne von „Garantieren" spricht, und wenn er im § 433 eine Leistungspflicht für die Mangelfreiheit nicht normiert hat.

11) s. S. 15.

Somit ist auch überhaupt kein Raum für die Frage nach einer Möglichkeit oder Unmöglichkeit dieser sogenannten Leistung.

Im Gegenteil bringt diese ganze Lehre von der teilweisen Unmöglichkeit nur Verwirrung und Unklarheit in das Kaufrecht, ohne auch nur den geringsten praktischen Vorteil zu schaffen.[12]

Wir können es uns aber schenken, auf die sich im einzelnen bei der Anwendung der §§ 320 ff. ergebenden Unstimmigkeiten hinzuweisen. Darüber ist schon so viel gesprochen worden,[13] daß es eines näheren Eingehens darauf nicht mehr bedarf.

III.

Die Annahmepflicht des Käufers.

Wir haben schon gesagt,[14] daß es den Anschein hat, als ob nur deshalb der ganze Meinungsstreit hier bei den Fragen um die Gewährleistungshaftung sich auftun konnte, weil man die Annahmepflicht des Käufers bei fehlerhafter Leistung der Kaufsache unter einem falschen Gesichtspunkt zu betrachten pflegte und weil man in dem Gewährschaftsrecht keinen genügenden Schutz des Käufers gegen dessen aus unserer Ansicht vermeintlich zu folgernder Annahmepflicht für die fehlerhafte Sache sah. Man fand es ein praktisch unannehmbares Ergebnis,[15] daß der Käufer erst die Sache annehmen müsse, um überhaupt die erst im Augenblick des Gefahrüberganges entstehenden Gewährschaftsrechte zu haben, und schuf daher wohl die Lehre von der Pflicht zur mangelfreien Lieferung.

Das würde unbedingt seine Berechtigung haben, wenn es richtig wäre, was teilweise auch von Vertretern unserer Ansicht gesagt wird, daß nämlich der Käufer durch die Nichtannahme der fehlerhaften Sache in Annahmeverzug käme;[16] denn das wäre in der Tat ein Ergebnis, das jedem praktischen Empfinden zuwiderlaufen und den Versuch, dem aus dem

12) Krückmann a.a.O. S. 179.

13) Oertmann i. R. 09 S. 616 ff. und in Seuff. Bl. Bd. 76 S. 1 ff.; Fischer a.a.O. S. 222.

14) s. S. 5 f.

15) Gmelin i. R. 09 S. 768; Fischer a.a.O. S. 224 und Krückmann a.a.O. S. 180, die beide der Schollmeyerschen Auffassung vom Wesen der Mängelhaftung nicht fernstehen, aber nur der Folgerung in Bezug auf die Abnahmepflicht aus mehr praktischen als grundsätzlichen Erwägungen die Gefolgschaft versagen zu müssen glauben.

16) Schollmeyer, a.a.O. S. 97; Oertmann i. R. 09 S. 622; Endemann § 161 S. 987; Haymann a.a.O. S. 16; Hellbach i. R. 05 S. 8.

Wege zu gehen, durchaus rechtfertigen würde. Man hat aber wohl bisher übersehen, daß das Gesetz selbst — zwar an versteckter Stelle und nur nebenbei zwischen den Zeilen — seine Ansicht zu erkennen gegeben hat. Es ist das der § 464, der in den Abhandlungen zwar mehrfach erwähnt, dessen wirkliche Bedeutung aber niemals richtig beleuchtet worden ist.

Man hat nämlich zunächst, wie schon mehrfach hervorgehoben,[17] davon auszugehen, daß es sich in § 459 nur um Fehler handelt, die bei dem Gefahrübergang nicht offensichtlich waren, und die sich erst später nach der Uebergabe zeigten. Muß es daher an sich schon bedenklich erscheinen, aus dieser Vorschrift überhaupt etwas für den Fall folgern zu wollen, daß vor der Uebergabe ein Fehler auftritt, so hat im übrigen auch der Gesetzgeber in dem erwähnten § 464 seine Meinung für diesen Fall zu erkennen gegeben.

Wenn in dieser Vorschrift gesagt wird:

> „Nimmt der Käufer eine fehlerhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den § 462, 463 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält,"

so folgt daraus die Ansicht des Gesetzgebers, daß er grundsätzlich den Käufer zur Annahme der fehlerhaften Sache nicht für verpflichtet hält. Es soll vielmehr vollkommen der Entscheidung des Käufers überlassen bleiben, ob er annehmen will oder nicht.

Diese Bestimmung kann nämlich nur so ausgelegt werden:

> „An sich bist Du, Käufer, nicht verpflichtet, eine Sache, deren Mängel Dir bekannt sind, anzunehmen; aber wenn Du trotz dieser Kenntnis die fehlerhafte Sache annehmen willst, so steht Dir das frei, denn es ist möglich, daß Du trotz des Mangels ein gewisses Interesse an der Lieferung der Sache hast. Dem soll Rechnung getragen werden. Nimmst Du jedoch an, so hast Du Dir Deine Rechte vorzubehalten."

17) s. S. 11 f. u. 24.

So ist diese Bestimmung neben dem Beweis, daß der Kaufvertrag wegen Fehlerhaftigkeit niemals nichtig sein kann,[18] weil sonst dem Käufer das ihm vom Gesetz eingeräumte Recht der Interessenabwägung wieder genommen würde, in der Hauptsache der Beweis für das Ablehnungsrecht des Käufers.

Demnach braucht der Käufer niemals eine fehlerhafte Sache anzunehmen, und man darf auch nicht sagen, er habe zu wandeln oder zur Vermeidung von Verzug anzunehmen, wie Endemann, Oertmann und Schollmeyer wollen, sondern die Erklärung des Käufers, die fehlerhafte Sache nicht abnehmen zu wollen, bedeutet die Geltendmachung des Wandlungsrechts, das dem Käufer nach den obigen Ausführungen auch schon vor dem Gefahrübergang zusteht.

Im Ergebnis stimmen hiermit nur zwei von den Autoren überein. Das ist auf der Gegenseite Schöller[19] und auf unserer Seite Dernburg[20], der noch in der ersten Auflage seines Lehrbuchs eine wesentlich andere Auffassung vertrat. Schöller will wohl auch nur mit dem Bejahen der Erfüllungspflicht der vermeintlichen Annahmepflicht des Käufers aus dem Wege gehen; denn sonst gehört er mit seinen Folgerungen ganz auf unsere Seite.

Außerdem geht die Meinung, daß es sich bei der Abnahmeverweigerung des Käufers um die Geltendmachung des Wandlungsrechts handelt, auch noch daraus hervor, daß der § 464 mit seiner Bestimmung über das Ablehnungsrecht des Käufers unter den Vorschriften über das Gewährleistungsrecht zu finden ist: das Gesetz kann im § 464 bei dem Gedanken an dieses Ablehnungsrecht auch wieder nur ein Gewährschaftsrecht gemeint haben. Sonst hätte es einer näheren Erläuterung dieses Rechts oder einer besonderen Bezugnahme auf andere Regeln bedurft. Man hielt es für selbstverständlich, daß unter dem Ablehnungsrecht nur ein Gewährschaftsrecht zu verstehen sei.

Will der Käufer nur mindern, so hat er bei grundsätzlicher Zustimmung des Verkäufers selbstverständlich die Sache anzunehmen. Das entspricht der Natur der Sache und erscheint auch durchaus nicht unbillig, wie Krückmann[21]

18) s. S. 34 f.
19) Gruchot Bd. 46 S. 1 ff.; s. a. S. 9.
20) II, 2 § 185 S. 73 ff.; § 184, I.
21) a.a.O. S. 180 ff.

meint, denn der Käufer will ja selbst die Sache haben. Andererseits braucht der Käufer dann wiederum nicht anzunehmen, wenn der Verkäufer auf sein Minderungsbegehren nicht eingeht; denn Vertragspflicht des Verkäufers ist es, Gewähr zu leisten.[22] Er ist deshalb verpflichtet, auf das Verlangen des Käufers einzugehen. Tut er das nicht, so kommt er in Verzug mit seiner „Leistung" der Gewähr. Nicht aber kommt der Verkäufer schon allein dadurch in Verzug, daß er eine fehlerhafte Sache anbietet, wie die Gegenmeinung will. Wie sollte das auch vom Gesetzgeber gewollt sein, da es sich, wie oben gezeigt, in Wirklichkeit hier um eine „Leistung" handelt, die niemals erbracht werden kann.

Die von uns gezeigte Regelung scheint daher nur gerecht und entspricht im übrigen praktischem Denken und praktischem Gebrauch. Bei jeder anderen Entscheidung würde auch der § 464 nicht verständlich sein. In dieser Vorschrift spricht das Gesetz von dem annehmenden Käufer, der sich seine Rechte wegen des Mangels vorzubehalten habe, denkt aber bei diesen Rechten, ohne der behaupteten Verzugsrechte und -Folgen Erwähnung zu tun, nur an die aus den §§ 462, 463. Erklärt man sich das als ein Vergessen oder ein Uebersehen des Gesetzgebers?

Soll der Käufer nun bei dem Vorbehalt auch weiterhin die angeblichen Rechte aus dem Leistungsverzug haben; soll auf diesem Umweg ein weiterer in den §§ 459 ff. nicht gegebener Anspruch anerkannt werden, oder sollen diese Rechte trotz des Vorbehalts automatisch mit der Annahme fortfallen, weil nunmehr nach dem Gefahrübergang die Gewährschaftsrechte allein Geltung haben?

Darüber findet man nirgends etwas gesagt.

Es scheint aber bei der Fassung des § 464 ganz ausgeschlossen, daß das Gesetz überhaupt an einen Leistungsverzug des Käufers gedacht hat, sonst wäre über den Verlust oder das Weiterbestehen der Rechte des Käufers aus diesem behaupteten Verzug im § 464 irgend etwas gesagt.

So ist das zugleich ein weiterer Beweis dafür, daß es keine Leistungspflicht hinsichtlich der Mangelfreiheit gibt.

Die Folge unserer Ansicht ist dann, daß dem Käufer auch vor dem Gefahrübergang wegen eines Fehlers allein die Gewährschaftsrechte zustehen unter Ausschluß aller an-

22) s. S. 14.

deren Vorschriften, auch der §§ 323, 324 und 325, die von Oertmann[23], Planck[24] und Schollmeyer[25] in der Hauptsache zugelassen werden, um ein Verschulden des Verkäufers erfassen zu können.

Es ist nämlich überhaupt nicht richtig, davon zu sprechen, die allgemeinen Regeln würden durch die Vorschriften der §§ 459 ff. als leges speciales ausgeschlossen; denn es handelt sich in diesen Vorschriften um die selbständige Regelung einer besonderen Materie, die nach der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers als Teil seiner allgemeinen Vorschriften im II. Abschnitt des II. Buches über die Schuldverhältnisse aus Verträgen gedacht war.[26] Daß sie dann aus praktischen Gründen in den Vorschriften über den Kauf Aufnahme fand, kann den ihr zukommenden Charakter einer selbständigen und erschöpfenden Regelung nicht beeinträchtigen.

Sodann aber läßt sich diese Materie mit den allgemeinen Regeln auch deshalb nicht erfassen, weil es sich hier, wie nachgewiesen,[27] überhaupt um keine „Leistung" handelt.

Das scheint nicht genügend berücksichtigt zu sein.

Unseres Erachtens kann es daher, soweit es sich um Fehler handelt, überhaupt keine Frage nach einer Konkurrenz mit anderen Ansprüchen — Irrtumsanfechtung — geben, doch würde es über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen, auch darauf noch einzugehen.

III.

a) Der Unterschied zwischen behebbarem und unbehebbarem Fehler.

Was zunächst den Unterschied zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel betrifft, so hat sich in den letzten Jahren besonders das Reichsgericht[28] dieses Unterschiedes bedient, um bei unbehebbarem Mangel das Wandlungsrecht, das sonst seiner Ansicht nach erst im Augenblick des Gefahrüberganges entsteht, auch schon vor der Annahme für den Käufer zuzulassen. Hierbei hat man das Recht des Käu-

23) Vorb. 2 zu § 459.
24) Anm. 7c zu § 462 S. 707.
25) S. 104 ff.
26) Motive II, 211; E I §§ 370 ff.
27) s. S. 35 f.
28) 87, 260; JW. 11, 539; 12, 461; Recht 1912 Nr. 1288; Warn. 1911 Nr. 321; 1912 Nr. 204.

fers, das noch im 87. Bande als ein Recht mit wandlungsähnlichen Wirkungen bezeichnet wurde, später dann direkt als Wandlungsrecht anerkannt.

Diese Konstruktion aber kann eigentlich nur eine Lossage oder wenigstens den Anfang dieser Lossage von der früheren Ansicht bedeuten, weil es sonst einfach nicht verständlich wäre, wie man das nach der Gegenmeinung erst im Augenblick des Gefahrüberganges entstehende Wandlungsrecht schon vorher gewähren will. Man nimmt nämlich der Festsetzung des Gefahrüberganges im § 459 die in Verbindung mit § 477 behauptete Bedeutung[29], wenn man hier mit einem Mal schon vor dem Gefahrübergang das Wandlungsrecht zuläßt.

Deshalb kann es, wenn man konsequent sein will, nur eins geben: entweder Entstehung der Gewährsansprüche im Augenblick des Gefahrüberganges, dann darf man eines unbehebbaren Mangels wegen nicht die Rechte schon vor dem Zeitpunkt der Entstehung geben wollen; oder aber man sieht in diesem Punkte die Schwäche seiner Ansicht ein, dann muß man die ganze Konstruktion, die sich hier in diesem einen Punkt als unzulänglich und deshalb als unrichtig erwiesen hat, einer neuen Prüfung unterziehen und sie nötigenfalls berichtigen.

Denn weder findet sich im Gesetz eine Stütze dafür, daß man auf Grund eines vom Gesetzgeber nicht gekannten Unterschiedes zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel die Gewährsrechte schon vor ihrer Entstehung gewähren kann, noch wird für die behauptete Ausnahme und plötzliche Inkonsequenz eine andere irgendwie brauchbare Begründung gegeben. Es wird lediglich angeführt, es sei dem Käufer nicht zuzumuten, erst eine vertragswidrige Erfüllung anzunehmen, um dann von dem Hilfsmittel der Gewährleistungsansprüche Gebrauch zu machen, sondern er müsse als befugt erscheinen, diese Erfüllung auch schon vor der Uebergabe abzulehnen und entsprechend der nach der Uebergabe zulässigen Wandlung von dem Vertrag abzugehen.[30] So hat man sich anfangs auch davor gescheut, bei dem dem Käufer vor der Uebergabe gewährten Recht direkt von Wandlung zu sprechen, sondern man hat dieses Recht nur als ein wandlungsähnliches oder ein

29) s. S. 23.
30) JW. 1912 S. 461.

der Wandlung entsprechendes Recht bezeichnet. In späteren Entscheidungen aber wird unter Bezugnahme auf die früheren ohne nähere Begründung Wandlung und selbst Minderung vor der Uebergabe direkt zugelassen.[31]

Aber man hat zunächst den Unterschied zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel zurückzuweisen, weil sich einmal diese Unterscheidung aus dem Gesetz nicht begründen läßt und weil andererseits in dem Zusammenhang hier einem unbehebbaren Fehler ein behebbarer gleichgestellt werden müßte, dessen Beseitigung der Verkäufer verweigert hat. Das Reichsgericht aber hat niemals auf den Willen des Verkäufers abgestellt, sondern allein auf die technische Möglichkeit der Beseitigung des Mangels, und es ist fraglich, wie man in diesem Fall entscheiden würde.

Sodann müßte man eine nähere Begründung vom Reichsgericht verlangen, da in der im Recht 1912 Nr. 1288 abgedruckten Entscheidung auf eine frühere Entscheidung (JW. 11 S. 539) Bezug genommen und dann von Wandlung und Minderung gesprochen wird. In dieser früheren Entscheidung aber spricht man nur von wandlungsähnlichen Rechten.

Wie denkt man sich weiterhin die Folgen, wenn man die Gewährschaftsrechte schon vor der Uebergabe anwenden will?

Soll der Verkäufer, der nach dem Reichsgericht nach erfolgter Uebergabe allein auf die Gewährschaftsrechte angewiesen sein soll, hier auch schon vor der Uebergabe auf das Wandlungsrecht beschränkt sein; muß er mit den Gewährschaftsrechten vorlieb nehmen, oder soll dieser dem Käufer gegebene, als „Vergünstigung" bezeichnete Wandlungsanspruch frei mit all den anderen Ansprüchen konkurrieren können?

Das ist nicht klar gesagt. Man sieht aber, zu welchen Zweifelsfragen und zu welcher Unsicherheit im Rechtsverkehr die Ansicht der Gegner führen muß, die solche Ausnahmen zu machen gezwungen sind, um zu einem praktisch annehmbaren Ergebnis zu kommen.

An sich sind aber natürlich diese Entscheidungen zu begrüßen, lassen sie doch auf eine weitere Aenderung der Ansicht hoffen, besonders, da man auch schon in einer an-

31) Recht 1912 Nr. 1288.

deren Entscheidung[32] mangelhafte Erfüllung nicht als Nichterfüllung bezeichnete und demgemäß keinen Leistungsverzug auf Seiten des Verkäufers annahm.

Die Nichtanwendung des Unterschiedes zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel ergibt auch insofern keine Unbilligkeiten, als man vielleicht sagen könnte, der Verkäufer sei so in Gefahr, vor der Uebergabe auch schon wegen eines leicht zu beseitigenden Fehlers den Gewährleistungsansprüchen des Käufers ausgesetzt zu sein. Denn da in § 459 nur nach erheblich oder unerheblich wert- oder tauglichkeitsminderndem Mangel geschieden wird, und der Verkäufer deshalb auch n a c h der Uebergabe bei erheblichem Fehler, trotzdem dessen Beseitigung vielleicht nicht schwer sein würde, den Gewährsansprüchen des Käufers ausgesetzt ist, so kann nicht eingesehen werden, warum es unbillig sein sollte, wenn der Verkäufer v o r der Uebergabe in derselben Weise in Anspruch genommen würde.

Es muß aber noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß man in den meisten Fällen einen leicht zu behebenden Fehler auch als unerheblich bezeichnen kann, und daß sich insofern diese Begriffe in gewisser Weise schneiden. So hat das Reichsgericht[33] ausgesprochen, „die Ansicht, daß unter allen Umständen die Anwendung des § 459 Abs. 1, Satz 2, dann ausgeschlossen sei, wenn durch den Mangel die Gebrauchsfähigkeit des Kaufgegenstandes objektiv erheblich gemindert werde, sei nicht zu billigen, vielmehr sei im einzelnen Falle bei Beantwortung der Frage der Unerheblichkeit der Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit auch zu berücksichtigen, ob der Fehler leicht erkennbar und mit unerheblichem Aufwand zu beseitigen sei," und der 5. Z.S. hat in seiner Entscheidung V 464/06 erkannt": nach der Gesamtheit der Umstände sei zu beurteilen, ob eine unerhebliche Minderung vorliege."

Jedenfalls muß man es zurückweisen, wenn auf dem Umweg über die Unmöglichkeitslehre versucht wird, in das Gewährschaftsrecht einen Unterschied zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln hineinzutragen, trotzdem im § 459 nur zwischen erheblichem und unerheblichem Fehler ge-

32) JW. 1912, 461.
33) Warn. 09 Nr. 135; weitere Entscheidungen darüber Warn. 07 Nr. 11; 12. 299.

schieden wird, und wenn dann außerdem diese neue im Gesetz nicht begründete Unterscheidung auch noch dazu benutzt wird, um die Gegenseite vor unbilligen Ergebnissen zu retten, die sie mit der strikten Durchführung ihrer Behauptung bei dem Streit um die Entstehung der Gewährsansprüche zeitigen würde.

b) Der Unterschied zwischen Mängeln, die beim Kaufabschluß vorhanden waren und solchen, die erst später, aber noch vor dem Gefahrübergang entstanden sind.

Von den Gegnern wird nun noch der Fall besonders behandelt, daß ein nach dem Kaufabschluß entstandener Fehler noch vor dem Gefahrübergang zutage tritt. Man sagt hier, es liege bei unbehebbarem Mangel eine nachträgliche Unmöglichkeit vor, die dementsprechend die Anwendung der §§ 323, 324, 325 rechtfertige; bei behebbarem Mangel aber käme § 326 mit seinen Verzugsfolgen zur Anwendung, da Kriterium des Verzuges die Nachholbarkeit der Leistung sei.[34]

Aber auch der größte Teil unserer Autoren[35] bejaht die Anwendbarkeit dieser Normen mit der Begründung, da Gegenstand des Kaufvertrages die Sache in dem Zustand des Vertragsschlusses sei, so liege immer dann, wenn es sich um einen nach dem Vertragsschluß auftretenden unbehebbaren Fehler handele, nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung mit den Folgen aus den §§ 323, 324, 325 und bei behebbarem Mangel Verzug mit den Rechten aus § 326 vor.

Beide Ansichten haben wir bereits mit dem Nachweis widerlegt, daß es eine Leistung der Mangelfreiheit nicht gibt.[36]

Hinsichtlich der Ansicht Schollmeyers, Oertmanns und Plancks haben wir weiterhin oben schon nachzuweisen versucht,[37] daß Gegenstand der Leistung nicht die Sache in dem Zustand des Vertragsschlusses ist, sondern daß sie so geleitet werden muß, wie es zur Zeit des Gefahrüberganges möglich ist.

Aus diesen Gründen müssen wir für uns die Anwendbarkeit der §§ 323—325 verneinen.

34) Lehmann, Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 96 S. 70 ff.
35) Schollmeyer, S. 104 ff.; Planck, Anm. 7 c zu § 462, S. 707; Oertmann, Vorb. 2 zu § 459.
36) s. S. 35 f.
37) s. S. 19 f.

Die Anwendung des § 323 würde aber auch zur Folge haben, daß der Verkäufer eines Fehlers wegen in Wirklichkeit seiner Leistung „enthoben" würde, denn auch er könnte sich auf § 323 berufen, und um eine nur teilweise Unmöglichkeit gemäß Absatz I, Halbsatz 2, könnte es sich deswegen nicht handeln, weil die Leistung im Zustand des Vertragsschlusses nicht nur teilweise, sondern gänzlich unmöglich geworden ist. Damit aber würde man das vorher besprochene[38] Recht des Käufers auf Leistung und Interessenabwägung wiederum illusorisch gemacht haben. Das hat besonders noch hinsichtlich der auch in den anderen Fragen zu den Gegnern gehörenden Autoren Geltung, die fehlerfreie Erfüllung fordern und die in jedem Fall den § 323 vor dem Gefahrübergang frei anwenden wollen.

Ferner würde eine Anwendbarkeit des § 323 noch insofern unbillig sein, als nach § 459 nur erheblich wert- oder tauglichkeitsmindernde Fehler Berücksichtigung finden, bei einer Anwendung des § 323 aber einfach in Frage steht, ob die Leistung unmöglich geworden ist. Die Leistung im Zustand des Vertragsschlusses aber wird auch bei nur unerheblicher Fehlerhaftigkeit unmöglich. Deshalb würde das Gewährschaftsrecht gegenstandslos gemacht werden, wenn man § 323 zulassen wollte.

Schollmeyer trägt dem in gewisser Weise Rechnung, indem er § 323 Abs. 1 bei zufälligem Eintritt des Fehlers nach Kaufabschluß für unanwendbar erklärt und diese Vorschrift nur dann zulassen will, wenn der Verkäufer den Fehler schuldhaft herbeigeführt hat.[39]

Es ist jedoch nicht einzusehen, warum man bei der Frage nach der Möglichkeit der Anwendung des § 323 nach einem Verschulden des Verkäufers zu fragen hat. Es können doch auch nach dem Kaufabschluß Fehler auftreten, für die der Verkäufer nach § 459 haften müßte. Warum sollte § 323, wenn man ihn schon für anwendbar hält, dann durch das Gewährschaftsrecht ausgeschlossen sein?

Doch es ist u. E. überhaupt nicht möglich, neben den Gewährschaftsrechten noch andere Regeln anzuwenden. Das ist oben schon gesagt[40] und muß hier nochmals wiederholt

38) s. S. 38 f.
39) a.a.O. S. 106 ff.
40) s. S. 40.

werden. Für Oertmann, Schollmeyer und Planck würde es sich nämlich in diesem Fall bis zum Gefahrübergang um eine kumulierte Anwendung der §§ 323—325 einerseits und der §§ 459 ff. andrerseits handeln, da sie die Gewährschaftsrechte schon mit Vertragsschluß entstehen lassen.[41] Während sie also nach dem Gefahrübergang in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht die Möglichkeit, neben den Gewährschaftsrechten noch andere Regeln anzuwenden, verneinen, wollen sie dieses bis zum Gefahrübergang zulassen.

Das scheint nicht folgerichtig zu sein; wenigstens ist nicht zu erkennen, warum Oertmann, Schollmeyer und Planck, während sie bei dem Streit um die Entstehung der Gewährsansprüche dem in § 459 gewählten Zeitpunkt des Gefahrüberganges nur untergeordnete Bedeutung beimessen, in diesem Zusammenhang den Gefahrübergang als ausschlaggebend ansehen wollen. Für die Gegner ergibt sich dieser Zeitpunkt, weil nach ihrer Ansicht in diesem Augenblick die Gewährsansprüche erst entstehen. Wenn man aber die Entstehung der Gewährsansprüche schon mit einem früheren Zeitpunkte annimmt, andererseits aber auch anerkennt, daß die Gewährsansprüche andere Vorschriften ausschließen, so kann man deswegen, weil der Moment des Gefahrüberganges für die Gegenmeinung aus dem dargelegten sehr erklärlichen Grunde ausschlaggebend sein muß, nicht auch an diesem Zeitpunkt festhalten wollen. Denn, wenn man schon grundsätzlich anerkennt, daß die Gewährschaftsrechte andere Regeln ausschließen, so ist überhaupt kein Grund ersichtlich, warum man diese alleinige Geltung der §§ 459 ff. dann nicht auch schon von dem Zeitpunkt der Entstehung der Gewährschaftsrechte an befürwortet, so, wie es die Gegner auch tun. Das wäre u. E. allein folgerichtig; zum wenigsten müßte man für eine Abweichung eine gute Begründung fordern.

Ein weiteres Bedenken gegen Oertmanns, Plancks und Schollmeyers Meinung würde sich bei Kaufverträgen aufwerfen, bei denen die verkaufte Sache z. Zt. des Vertragsabschlusses noch gar nicht existierte, ohne daß es sich dabei um einen Hoffnungskauf oder um einen Kauf nach Probe handelte (§ 494). Ein solcher Kauf zukünftiger Sachen ist in

41) s. S. 22.

der Form eines bedingten Kaufvertrages mit der Abrede möglich, daß der Kaufpreis nur gezahlt werden soll, wenn die verkaufte Sache zur Entstehung gelangt.[42] Welcher andere Zeitpunkt sollte hier wohl maßgebend sein, als allein der des Gefahrüberganges oder der der Entdeckung des Mangels. da es in diesem Fall einen Zustand z. Zt. des Vertragsabschlusses gar nicht geben kann.

IV.

Die Ansprüche des Käufers bei Verschulden des Verkäufers.

Oertmann, Planck und Schollmeyer befürworten hauptsächlich wohl nur deshalb die Anwendung der §§ 324 und 325, um den Käufer nicht für den Fall schutzlos zu lassen, daß der Verkäufer die Kaufsache nach dem Vertragsschluß schuldhaft beschädigt.

Dieser Fall ist im Gewährschaftsrecht nicht geregelt, und es ist grundsätzlich richtig, wenn man hier nach anderen Vorschriften zum Ausgleich sucht. Um aber dem Käufer einen außerhalb des Gewährschaftsrechts liegenden Anspruch geben zu können, wenn der Verkäufer nach dem Kaufabschluß schuldhaft einen Fehler herbeigeführt hat, ist es nicht nötig, als Gegenstand der Leistungspflicht die Sache in dem Zustand des Vertragsschlusses anzusehen und dann mit verschuldeter Unmöglichkeit zu operieren. Unsere Behauptung, für andere Regeln sei neben den Vorschriften des Gewährschaftsrechts kein Platz[43]; schließt nämlich nicht aus, daß wegen eines Verschuldens außerdem noch andere Ansprüche gegeben sein können.

Man hat vor allem zu berücksichtigen, daß klagebegründende Tatsache bei allen Ansprüchen aus den §§ 459 ff., abgesehen von dem des arglistigen Verschweigens, allein das Vorhandensein des Fehlers ist. So genügt auch beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft allein der Beweis, daß vom Verkäufer eine Zusicherung gemacht worden ist, ohne daß es eines Nachweises bedürfte, daß ihn auch ein Verschulden treffe. Fernerhin kann der Käufer Wandlung und Minderung „wegen des Mangels" verlangen (§ 462), muß sich aber anderseits „wegen des Mangels" seine Rechte bei der Annahme vorbehalten (§ 464).

42) Enneccerus, § 324, II, 2 a.
43) s. S. 40.

Wenn aber behauptet wird, der Verkäufer habe schuldhaft einen Mangel herbeigeführt, so wird der Anspruch nicht auf das Vorhandensein des Fehlers gestützt, sondern es wird behauptet und unter Beweis gestellt, daß man einen Anspruch aus Verschulden habe. Diesen Anspruch wird man durch die Gewährschaftsrechte nicht als ausgeschlossen ansehen können; denn wenn auch im § 463 ein Fall schuldhaften Verhaltens des Verkäufers geregelt ist, so handelt es sich hierbei doch nur um ein arglistiges Verschweigen z. Zt. des Vertragsschlusses, und man kann hierin eine erschöpfende Regelung nicht erblicken. Es ist auch in der Beratung der zweiten Komission aus Anlaß der Frage,[44] ob für die in § 463, I geregelte Haftung auf Schadensersatz wegen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften der Zeitpunkt des Kaufes oder des Gefahrüberganges entscheidend sein solle, bejaht worden, daß Mängel, welche die Sache nach dem Vertragsschluß treffen, der Verkäufer zu vertreten habe, wenn und soweit ihm ein Verschulden zur Last falle.

Man wird daher auch trotz unserer Behauptung der ausschließlichen Regelung der §§ 459 ff. dem Käufer einen Anspruch aus dem § 276 geben können, wenn er behauptet und beweist, daß der Verkäufer nach dem Vertragschluß schuldhaft einen Fehler herbeigeführt hat.[45]

Es scheint uns das der typische Fall einer positiven Vertragsverletzung zu sein, die besonders dann immer anzunehmen ist, wenn eine Forderungsverletzung weder Unmöglichkeit noch Verzug herbeigeführt hat. Diese Lehre hat nach Staubs[46] Schrift die Anerkennung des Reichsgerichts gefunden, und es liegt kein Grund dazu vor, sie hier nicht helfend heranziehen. Ueber die Natur dieses gewährten Anspruches braucht hier nichts gesagt zu werden, da das nicht Aufgabe dieser Arbeit sein kann.

V.

a) Das Ergebnis bei Zusicherung.

Eines besonderen Eingehens auf den Fall der Zusicherung bedarf es nicht, da dem, was hier schon häufig ge-

44) Band I, 689.
45) Enneccerus, § 278, II, 1 c; § 335, I, 2.
46) Die positiven Vertragsverletzungen.

sagt worden ist, nichts Neues mehr hinzugefügt werden kann. Die Gegner bejahen beim Vorliegen einer Zusicherung selbstverständlich ebenfalls die Erfüllungspflicht, wie wir sie verneinen müssen, weil es sich in diesem Fall lediglich seitens des Verkäufers um das Eingehen einer verschärften Gewährleistungshaftung handeln kann, die der Verkäufer auf Grund besonderer Fachkenntnisse oder besonderer Vertrautheit mit seinen Waren eingehen kann.

Zur Vervollständigung sei nur noch angeführt, daß das Reichsgericht beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften entgegen der sonstigen Auffassung[47] eine Nichtigkeit des Kaufvertrages nicht angenommen hat mit der Begründung, der Verkäufer sei beim Fehlen der Eigenschaft gesetzlich nach § 459 zur Gewährleistung verpflichtet.[48]

b) Das Ergebnis bei Gattungskäufen.

Einer besonderen Stellungnahme bedarf es nur noch zu der Frage der Erfüllungspflicht bei Gattungskäufen.

Hier wird fast durchweg behauptet, der Verkäufer habe fehlerfrei zu erfüllen und nur sehr wenige,[49] unter ihnen vor allem Schollmeyer, bestreiten das.

Aber auch wir können nicht anerkennen, daß durch die Bestimmung des § 480, der dem Käufer neben Wandlung und Minderung das Recht gibt, statt der mangelhaften Sache eine fehlerfreie zu verlangen, bei Gattungskäufen eine Pflicht zur fehlerfreien Lieferung geschaffen werden sollte. Leistungsgegenstand ist nach § 243 allein eine Sache mittlerer Art und Güte. Es kommt nun darauf an, was der Käufer behauptet. Behauptet er, der „Fehler" sei derartig, daß man die gelieferte Sache nicht mehr als Sache mittlerer Art und Güte ansprechen könne, so berührt das die Leistungspflicht; in Wirklichkeit handelt es sich hier um gar keinen „Fehler", wie es vielleicht laienhaft vom Käufer behauptet worden ist, sondern es ist gegenüber dem, was zu leisten war, ein aliud geliefert worden. Dann aber muß der Verkäufer, der nicht geleistet hat, nach den allgemeinen Regeln haftbar sein.

Aber kann nicht auch eine Sache mittlerer Art und Güte Fehler haben, und ist es nicht richtig, hier dann dieselben

47) s. S. 34.
48) JW. 1908. 221; KRGR. § 459, 4. II. 6 A S. 639.
49) Berndorff a.a.O. S. 87.

Grundsätze anzuwenden wie beim Spezieskauf? Es liegt kein Grund dazu vor, dem Gattungsverkäufer mehr Verpflichtungen aufzuerlegen als dem, der eine Spezies verkauft hat. In Wirklichkeit ist es dem Verkäufer hier ebensowenig wie beim Spezieskauf möglich, die Sache fehlerfrei zu leisten, und man kann deshalb eine solche Verpflichtung auch nicht aufstellen wollen. Der Verkäufer kann für seine Lieferung in Bezug auf die Mangelfreiheit immer nur haften und einstehen, diese aber niemals leisten wollen. Der im § 480 gegebene Anspruch, eine fehlerfreie Sache verlangen zu können, ist deshalb auch wiederum nur ein Gewährleistungsanspruch, den der Gesetzgeber in der Erwägung gegeben hat, daß die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache dem Verkäufer mehrmals möglich ist, und daß es deshalb in diesem Falle auch für den Verkäufer keine Unbilligkeiten mit sich bringt, wenn dem Käufer statt der Auflösung des Kaufvertrages (Wandlung) oder der Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) noch der dritte Anspruch auf Lieferung einer fehlerfreien Sache gegeben wird.

§ 5.

Schlussbetrachtung und Zusammenfassung des Ergebnisses.

So führt die Gegenmeinung zu mehreren ganz in die Augen springenden Unbilligkeiten; wie es zunächst überhaupt nicht geht, von einer „Leistung" der Fehlerfreiheit zu sprechen, so ist einmal die Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages ein ganz unhaltbares Ergebnis, ebenso wie man andererseits mit der Zulassung der Ansprüche aus den §§ 323 ff. den Käufer um sein Recht auf Leistung aus dem Vertrage bringen würde. Denn auch der Verkäufer müßte sich auf seine Unmöglichkeit zur Leistung berufen können.

Auf der anderen Seite führt die befürwortete ausschließliche Anwendbarkeit der Gewährschaftsrechte nicht zu den gefürchteten Folgen. Weder braucht der Käufer eine fehlerhafte Sache anzunehmen, noch muß er eines Anspruchs entbehren, wenn der Verkäufer nach dem Kaufabschluß schuldhaft einen Fehler herbeigeführt hat.

Zusammenfassend kommen wir zu folgendem Ergebnis:

1. Es gehört nicht zur Leistungspflicht des Verkäufers, die

Kaufsache fehlerfrei zu liefern, auch nicht, wenn eine Eigenschaft zugesichert ist, weil im § 433 eine Leistungspflicht zur fehlerfreien Lieferung nicht anerkannt wird, und weil es nicht möglich ist, Fehlerfreiheit zu „leisten". Der Verkäufer erfüllt vielmehr durch Leistung der Sache in dem Zustand des Gefahrüberganges seine im § 433 festgelegte Erfüllungspflicht. Für die Fehlerfreiheit kann der Verkäufer immer nur einstehen und haften, diese aber niemals leisten wollen.

2. Daraus folgt nicht, daß etwa der Käufer zur Annahme einer fehlerhaften Sache verpflichtet wäre, denn aus § 464 ergibt sich die Ansicht des Gesetzgebers, daß der Käufer zur Annahme einer fehlerhaften Sache nicht verpflichtet ist. Mit der Ablehnung der Annahme macht der Käufer sein Wandlungsrecht geltend.
3. Die Wandlungsrechte entstehen schon mit Vertragsschluß, weil die Wahl des Zeitpunktes in § 459 vom Gesetzgeber nur zur Abgrenzung der Beweisfrage getroffen ist, nicht aber um damit anzudeuten, daß in diesem Augenblick die Gewährsansprüche erst entstehen. Es handelt sich in § 459 um einen Ausbau der Haftungspflicht des gemeinrechtlichen Instituts. Der Gesetzgeber wollte auch dadurch, daß er die Gefahr für den zufälligen Untergang und die zufällige Verschlechterung der Kaufsache dem Verkäufer auferlegte, nicht noch eine weitere Verschärfung der Gewährleistungshaftung gegenüber dem gemeinen Recht eintreten lassen, indem er die §§ 320—327 für anwendbar hielt.
4. Neben den Gewährleistungsvorschriften sind andere Regeln nicht anwendbar, weil es sich in den §§ 459 ff. um die selbständige Regelung einer besonderen Materie handelt. Diese Materie läßt sich mit den allgemeinen Regeln nicht erfassen, weil es keine „Leistung" der Mangelfreiheit gibt.
5. Der Ausschluß aller anderen Regeln bedeutet nicht, daß der Käufer eines Anspruchs entbehren muß, falls der Verkäufer nach dem Kaufabschluß schuldhaft einen Fehler verursacht. Bei Verschulden des Verkäufers ist vielmehr ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung gegeben.
6. Bei Gattungskäufen gehört es ebenfalls nicht zur Erfül-

lungspflicht des Verkäufers, fehlerfrei zu leisten. Der Anspruch, nach § 480 eine fehlerfreie Sache verlangen zu können, ist auch nur ein Gewährleistungsanspruch.

7. Zurückzuweisen ist der Unterschied
   a) zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel, weil das Gesetz nur nach erheblichem und unerheblichem Mangel scheidet:
   b) zwischen Mängeln, die beim Kaufabschluß vorhanden waren und solchen, die erst später, aber noch vor dem Gefahrübergang entstanden sind. Denn Gegenstand der Leistungspflicht ist nicht die Sache in dem Zustand des Vertragsabschlusses, sondern die Sache ist so zu liefern, wie es z. Zt. des Gefahrüberganges möglich ist. Wenn nämlich die Sache im Zustand des Vertragsschlusses zu leisten wäre, so würde auf diesem Umweg wiederum eine „Leistungs"pflicht für die Mangelfreiheit aufgestellt werden — der Verkäufer hätte nämlich die Kaufsache gegenüber dem Zustand des Vertragsschlusses fehlerfrei zu leisten —, trotzdem Mangelfreiheit nicht geleistet werden kann.

Anhang. Auszüge aus Reichsgerichtsentscheidungen.

R.G. in Gruchot Beiträgen Band 53 S. 937 f:

... Der Revision ist zuzugeben, daß der erstgenannte Entscheidungsgrund des Berufungsrichters rechtlichen Bedenken unterliegt. § 325 B.G.B. betrifft den Fall, daß die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung n a c h dem Abschlusse des Vertrages unmöglich wird. Ist die Leistung schon z. Zt. des Vertragsschlusses unmöglich, so findet § 306 Anwendung, wonach der Vertrag nichtig ist. Wäre die der Beklagten obliegende Leistung wegen der Behaftung des Grundstückes mit polyporus vaporius am 1. I. 1907, also zu der für die Uebergabe festgesetzten Zeit unmöglich gewesen, so hätte diese Unmöglichkeit auch schon z. Zt. des Vertragsschlusses vorgelegen, da auch zu dieser Zeit bereits das Grundstück mit dem Fehler behaftet war. Es wäre also der Vertrag im Sinne des § 306 B.G.B. auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen. Tatsächlich ergibt sich aber aus den Feststellungen des Berufungsrichters nicht, daß die

Leistung unmöglich war. Denn der Berufungsrichter läßt es dahingestellt, ob später die Beseitigung des Schwammes erfolgt ist. ...

R.G. in J.W. 1912, S. 72, Nr. 10:

Das B.G., das den Vertrag vom 26. V. 08 dahin auslegt, daß der Kläger ein bebauungsfähiges Grundstück zu gewähren und der Beklagte es zu bebauen hatte, sieht als erwiesen an, daß beide Leistungen schon von Anfang an unmöglich waren, da der Bezirksausschuß .... den Antrag des Beklagten auf Erteilung der Genehmigung zum Bau ..... abgelehnt habe. .... Sei damit bei der Wesentlichkeit dieser Leistung der g a n z e Vertrag nichtig, so würde dem Kläger auch nicht geholfen sein, wenn das Hindernis noch behoben werden sollte, da der Vertrag nicht für den Fall geschlossen sei, daß die Leistung möglich werden sollte (§ 308). Wenn der Beklagte sich auch auf diese Nichtigkeit nicht würde berufen können, wenn die Uebergabe, wie der Kläger behauptet, bereits erfolgt wäre, würde er doch dann befugt sein, mit der Wandlung die Erfüllung abzulehnen. Denn wenn auch vertraglich die Gewähr für die Beschaffenheit des Grundstücks ausgeschlossen sei, so könne dies doch nicht auf den Mangel der Bebaubarkeit bezogen werden, da sie für beide Parteien von wesentlicher Bedeutung gewesen sei. Diese gesamten Ausführungen bieten weder, soweit sie tatsächlicher noch soweit sie rechtlicher Natur sind, Veranlassung zu einer Beanstandung, und die von der Revision erhobenen Rügen gehen fehl. Wenn sie die Anwendung des § 306 B.G.B. angreift, weil nicht objektive, sondern höchstens eine momentane Unmöglichkeit vorliege, so übersieht sie, daß der Gegensatz zur objektiven nicht momentanes, sondern subjektives Unvermögen ist, und daß das B.G. das etwaige Vorliegen einer nur augenblicklichen Unmöglichkeit gewürdigt, aber unter Hinweis auf § 308 B.G.B. zutreffend als die Nichtigkeit nicht beseitigend bezeichnet hat. Ein nur subjektives Unvermögen ist hier nicht anzunehmen, da die Beschaffung der Bebauungsfähigkeit nicht nur dem Kläger, sondern jedermann unmöglich ist. ... Erfolglos ist der Angriff, der sich gegen die Nichtvernehmung der für die erfolgte Uebergabe benannten Zeugen richtet. Denn das B.G. gelangt auch für

den Fall der Uebergabe ... zu dem gleichen Ergebnis, indem es für diesen Fall den Wandlungsanspruch durchgreifen läßt. Auch dies ist nicht zu beanstanden, denn wenn, wie hier, die Bebauungsfähigkeit durch jenen Beschluß völlig aufgehoben ist, so handelt es sich um eine Eigenschaft der Kaufsache, nicht um einen Rechts-, sondern um einen Sachmangel, womit sich die Anwendung der Vorschriften über Gewährleistung rechtfertigt, da die Auslegung des B.G., wonach die im Vertrag enthaltene Ausschließung der Gewährleistung sich auf diesen wesentlichsten Inhalt des Vertrages nicht erstreckt, einen Verstoß gegen Prozeßgesetze oder Auslegungsregeln nicht erkennen läßt. Uebrigens kann es dahingestellt bleiben, ob es einer Heranziehung der Vorschriften über Gewährleistung überhaupt bedurfte und nicht vielmehr § 306 BGB. anzuwenden war, gleichviel ob die Uebergabe erfolgt sein mochte oder nicht.

R.G.-Entscheidung vom 20. I. 09, V. 144 08.

... § 325 betrifft nur den Fall, daß die dem einen Teil obliegende Leistung nach Vertragsschluß unmöglich wird. Ist die Leistung schon z. Zt. des Vertragsschlusses unmöglich, so findet § 306 Anwendung. Wäre diese Leistung wegen der Behaftung mit einem Mangel zu der für die Uebergabe festgesetzten Zeit unmöglich gewesen, so hätte diese Unmöglichkeit auch schon z. Zt. des Vertragsschlusses vorgelegen, da auch zu dieser Zeit das Grundstück mit dem Fehler behaftet war. Es wäre also der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen.

Lebenslauf.

Ich bin am 22. Dezember 1900 in Görlitz als Sohn des Postdirektors Crüger geboren. Ich besuchte das Fichtegymnasium in Berlin-Wilmersdorf und das Gymnasium Georgianum in Lingen (Ems) und nach im Jahre 1919 bestandenem Abiturienten-Examen die Universitäten Berlin und Breslau. Ende Juni 1926 bestand ich am Kammergericht das Referendar-Examen, am 24. Juni 1929 die mündliche Doktorprüfung und am 3. Juni 1930 das Assessor-Examen.